Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft

angewandt auf die bei derselben auftretenden Aufrechnungsfälle.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Carl Peikert,
Referendar in Schmiedeberg i. R.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.
Referent: Geheimrat Dahn.
Korreferent: Prof. Dr. Beyerle.

Den Eltern in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.
Affolter, Die rechtliche Natur der o. H.G. Arch. f. bürgerl. Recht V S. 1—10.
Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum H.G.B. 1868.
Auerbach, Das Gesellschaftswesen.
Auerbach, Das neue Handelsgesetzbuch.
Basch, Das allgemeine deutsche H G.B. 1895.
Beseler, System des deutschen Privatrechts. 1885.
Behrend, Lehrbuch des H R.
Behrend, Zeitschrift f. H.R. Bd. 34 (Kritik über Gierkes Genossenschaftstheorie).
Bekker, Pandekten. 1896.
Brinkmann, Lehrbuch des H.R.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl.
Conrades, Kompensation von Schulden einer o. H.G. usw. (Goldschmidts Zeitschr. 43 S. 52—82).
Cosack, Bürgerl. Recht. 1. Bd. 3. Aufl. 2. Bd. 1. u. 2. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des H.R. 6. Aufl. 1900.
Crome, System des bürgerl. Rechts. Bd. 2.
Dahn, Deutsches Rechtsbuch. 1877.
Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.
Dernburg, Kompensation. 2. Aufl.
Dernburg, Bürgerl. Recht.
Eccius, Stellung der o. H.G. als Prozeßpartei (Goldschm. Zeitschr. 32 S. 1—19).
Eck, Vorträge über das B.G.B I 2. 2. Aufl. 1903.
Endemann, Das deutsche H.R. 1. Aufl. 1887.
Endemann, Handbuch des deutschen H.R. 1. Bd. 1884. (Lastig.)
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1901. 8. Aufl.
Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht.
Engelmann, Das alte und neue bürgerl. Recht.
Engelmann, Der deutsche Civilprozeß. 1901.
Fischer-Henle, B.G.B. 5. Aufl.
Gareis, Kommentar zum H.G.B. (Handausgabe mit Anmerkungen). 1900.
Gareis, Das deutsche H.R. 3. Aufl. 1903.
Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche H.G.B. 1891.
Gelpke, Die o. H.G. als jurist. Person. 2. Heft S. 3 ff. 1852.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.
Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902.
Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerl. Recht. (Archiv f. bürgerl. Recht 19 S. 114 ff.)
Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe im Entwurf eines B.G.B.
Goldmann, Das H.G.B. (Kommentar). 1902.
v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung der o. H.G. 1885.
Goldschmidt, System des H.R. 3. Aufl. 1891.

Gotter, Sind Handelsgesellschaften jurist. Personen? (Busch, Archiv f. Theorie und Praxis des a. H R. Bd. 18 S. 34).
v. Hahn, Kommentar zum H.G.B. 4. Aufl. 1894.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht (Bekker u. Fischer 5. 1900).
Hergenhahn-Tuchatsch, Die o. H.G. 1894.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B.
Jäger, Konkurs der o. H.G. 1897.
Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand ꝛc. (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 140 ff.; Bd. 51 S. 47 ff.)
Keyßner, Erhaltung der H.G. ꝛc. 1870.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem B.G.B. 1901.
Knoke, Eintritt eines neuen Gesellschafters nach dem B.G.B. (Archiv für bürgerl. Recht 20 S. 170 ff.)
Kohler, Recht des Markenschutzes. 1885.
Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. (Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 91 S. 155 ff.)
Kowalzig, H.G.B. 1891.
Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften. (Goldschm. Zeitschr. 6 S. 117.)
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften (Goldschm. Zeitschr. Bd. 30 S. 469 ff.; Bd. 31 S. 1 ff.)
Lehmann-Ring, Das H.G.B. Kommentar. 1899.
Ladenburg, Sind Handelsgesellschaften jurist. Personen? (Siebenhaars Archiv für Wechsel- und Handelsrecht Bd. 10 S. 227 ff.)
Leonhard, Rud., Der allgemeine Teil des B.G.B. 1900.
Makower, H.G.B. Kommentar. 11. Aufl.
Meurer, Die jurist. Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.
Nagler, Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht und Prozeß. Bd. 10 S. 695 ff. (Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht).
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Planck, Kommentar zum B.G.B.
Puchelt, H.G.B. 4. Aufl.
Renaud, Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.
Römer, Haftung für die Gesellschaftsschulden, in seinen Abhandlungen aus dem römischen Handels- und Wechselrecht. 1877.
Rudorff, H.G.B. 1898.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.
v. Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung.
Sohm, Die deutsche Genossenschaftstheorie.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 5. Aufl. 6. u. 7. Aufl.
v. Staudinger, Kommentar zum H.G.B.
Thöl, Das H.R. 6. Aufl. 1879.
Unger, Personengesamtheit und o. H.G. (Iherings Jahrbücher Bd. 25 S. 239 ff.)
Windscheid-Kipp, Pandekten.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses.

Folgende Dissertationen wurden benutzt:

Behrens, Die juristische Konstruktion der deutschen Handelsgesellschaften. Kiel 1879.
Gildemeister, Die Kompensation zwischen Forderungen der Handelsgesellschaft und Forderungen an . . . ꝛc. Erlangen 1896.
Heller, Die Grundzüge des Gesellschaftsrechts. Erlangen 1898.
Hirsch, Teilbarkeit des Eigentums. Halle 1900.
v. Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des H.G.B. von der o. H.G. und der Gesellschaft des B.G.B.? Leipzig 1900.
Lehmann, Über das Rechtsgewand der o. H.G. Leipzig 1882.
Loeb, Kann der Schuldner einer o. H.G. gegen seine Schuld eine Forderung aufrechnen, die . . . ꝛc. Erlangen 1897.

Milch, Die Haftung für die Schulden einer o. H.G. nach dem a. d. H.G.B. Breslau 1892.
Ranzenberger, Die Rechte und Pflichten der offenen Handelsgesellschafter aus dem innern Rechtsverhältnis der Gesellschaft. Erlangen 1899.
Silberstein, Die Stellung der Gesellschafter im Prozesse der o. H.G. Erlangen 1894.
Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden 2c. Würzburg 1902.
Wildt, Verhältnis der Gesellschaftsschulden zu den Privatschulden eines Gesellschafters nach dem B.G.B. Freiburg 1900.
Witte, Die Aufrechnung im Recht der o. H.G. Greifswald 1899.
Wolff, Haftung des Gesellschaftsvermögens für Privatschulden der Gesellschafter nach dem B.G.B. Leipzig 1903.

Ferner sind benutzt wurden:
Motive und Protokolle zum B.G.B.
Protokolle und Denkschrift zum H.G.B.

---

§ 1.

Einleitung und Übersicht der Theorien über die Rechtsnatur der o. H.G.

Die offene Handelsgesellschaft ist die Grundform, die Normalform der Handelsgesellschaften. Sie ist auch die häufigste unter ihnen. Fragen aus dem Recht der o. H.G. kommen demgemäß in einer viel größeren Anzahl von Fällen zur Entscheidung der höchsten Gerichte als solche aus dem sonstigen Gesellschaftsrecht. Gleichwohl ist die Lehre von der Rechtsnatur der o. H.G. noch recht wenig geklärt. Immerhin kann mit Genugtuung hier gleich eingangs festgestellt werden, daß seit dem Inkrafttreten des B.G.B. auch für den einst heißumstrittenen Aufbau der o. H.G. ein festerer Boden dadurch gewonnen ist, daß in § 104 H.G.B. die Vorschriften des B.G.B. über Gesellschaften für analog anwendbar erklärt sind. Da die Gesellschaftslehre unseres heutigen bürgerlichen Rechts sich völlig von der Sozietätslehre des römischen Rechts abgewandt hat, geht es mit Rücksicht auf § 104 H.G.B. nicht mehr an, die o. H.G. als Sozietät oder modifizierte Sozietät zu betrachten.

Die verschiedenen Konstruktionsversuche der o. H.G., die unter dem neuen H.G.B. noch Anspruch auf Berechtigung haben, lassen sich in folgende Gruppen zusammenfassen:

Eine theoretische Auffassung ist die: Die Gesellschaftsforderungen und -schulden sind für die Gesellschafter fremde Berechtigungen und Verpflichtungen; sie stehen einer dritten, den Gesellschaftern als selbständig gegenüberzustellenden Rechtspersönlichkeit zu (Theorie der juristischen Persönlichkeit).[1])

Eine zweite geht dahin: Das Gesellschaftsvermögen ist bald („soweit die Firma reicht und im Verhältnis zu Dritten") als ein den Gesellschaftern fremdes anzusehen, bald (im Innenverhältnis) als ihnen unmittelbar zustehend (Dahn, Gareis).

Eine dritte (Gierke, Genossenschaftstheorie z. B. S. 519) meint: Ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriger Gegenstand ist „für den Teilhaber wie zu keinem gesonderten Anteil ein eigener, zu keinem gesonderten

---

1) Gelpke, Die o. H.G. als jur. Person 2. Heft 1852 S. 3 ff.; v. Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung; Eccius, Stellung der o. H.G. als Prozeßpartei (Goldschmidts Zeitschr. XXXII S. 1—19); Kohler, Recht des Markenschutzes 1885 u. Arch. f. civilist. Praxis 91 S. 155 ff.

Anteil ein fremder". Mehrere Personen (die Gesellschafter) haben in einer rechtlichen Verbindung die Stellung eines Rechtssubjekts. Diesem stehen die einzelnen Gegenstände des Vermögens zu. Diese Personeneinheit ist keine juristische Person (Gierke, Arch. f. b. R. XIX S. 117 118).

Eine vierte geht dahin: Der einzelne Gesellschafter ist Miteigentümer der Gesellschaftssachen, Mitgläubiger der Gesellschaftsforderungen. Es kommt ihm unmittelbar an den einzelnen Gegenständen ein ideeller Teil zu. Nur liegt eine nach außen wirksame Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens vor. Daneben besteht solidarische persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden. Hierher gehören eine Anzahl von Anhängern der Gesamthandtheorie, die sich in Gegensatz zu der dritten Auffassung gestellt haben.[1]) Die früheren Theorien der Sozietät und modifizierten Sozietät haben mit dieser vierten Theorie manche Berührungspunkte.

§ 2.

Die o. H.G. ist keine juristische Person.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob die Theorie der juristischen Person schon in dem Worte „offene Handelsgesellschaft" das erste Argument gegen sich fände. Abgesehen davon, daß das natürlich nur eine äußerliche Wortinterpretation wäre, ist der Ausdruck „Gesellschaft" hier nicht in jenem spezifisch wissenschaftlichen Sinne gebraucht, nach welchem er den Gegensatz zu Verbandspersönlichkeit bezeichnet. Es ist hier ein weiterer Sinn mit ihm verbunden, unter dem er auch Verbandspersonen, wie es die Aktiengesellschaften der herrschenden Meinung nach sind, unter sich begreift. Auch die übrigen Gründe, welche die Anhänger der Theorie der juristischen Person für ihre Ansicht anführen, sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Sie sind sogar für die französische Wissenschaft und Praxis ausschlaggebend geworden. Unter dem a. H.G.B. haben sich gewichtige Stimmen in ansehnlicher Anzahl auch in Deutschland in ihrem Sinne erhoben. Für das neue H.G.B. hat sich, so weit ich sehe, bisher nur Kohler[2]) als ihr Anhänger auch weiterhin bekannt. Und in der Tat scheint das neue H.G.B., so wenig es an der materiellen Gestaltung der o. H.G. geändert hat, auf ihre Konstruktion nicht ohne Einfluß geblieben zu sein. So meinen wenigstens die Gegner der Kohlerschen Ansicht. Staub (6. u. 7. Aufl.) erörtert diese Theorie gar nicht mehr. „Der alte Streit über sie sei begraben." Gierke[3]) erklärt, den Sieg germanistischer Anschauungen verkündend, „der unsägliche männermordende Streit scheint geschlichtet", „die Theorie der juristischen Persönlichkeit ist abgetan". Er begründet diesen „Nachruf" wie folgt:

[1]) Cosack in seinen Lehrbüchern des Handels- u. bürgerl. Rechts; Joerges in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 140 ff., Bd. 51 S. 47 ff.; Nagler, Sächs. Archiv f. b. R. u. Prozeß X S. 695 ff.

[2]) Archiv f. civilist. Praxis 91 S. 204 und Rechtsenzyklopädie S. 695.

[3]) Archiv f. bürgerl. Recht 19 S. 116.

„Das neue H.G.B. verweist in § 105 Abs. 2 für die o. H.G. ausdrücklich auf die subsidiäre Anwendung der Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaften, unzweifelhaft aber ist die Gesellschaft des bürgerl. Rechts keine jur. Person. Wollte aber jemand behaupten, in den Zutaten des H.G.B. stecke die jur. Person, so wäre ihm zweierlei entgegenzuhalten. Erstens, daß ein innerer Widerspruch darin läge, das Rechtsverhältnis einer Verbandsperson in wesentlichen Stücken durch Verweisung auf die für eine bloße Gesellschaft geltenden Regeln zu ordnen. Zweitens, daß das B.G.B. einen festen Begriff der jur. Person hat, der sich auf Vereine, Stiftungen und jur. Personen des öffentl. Rechts beschränkt, die o. H.G. aber in keine dieser Kategorien fällt". Kohler a. a. O. greift die Bezugnahme auf 105, 2 an, er meint, die subsidiäre Anwendung des B.G.B. ergebe sich schon aus Art. 2 E.G. H.G.B.; „wenn es nun in 105, 2 heißt, daß auf offene Handelsgesellschaften subsidiär die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung finden, so ist dies nach dem natürlichen Wortlaut nur so zu deuten: Obgleich die offene H.G. keine Gesellschaft im Sinne des B.G.B. ist, so sollen die Bestimmungen des B.G.B. über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden." Die Richtigkeit dieser Beweisführung kann ich nicht anerkennen; aus Art. 2 ergibt sich nur ganz allgemein die subsidiäre Anwendung des B.G.B., nicht aber seiner Vorschriften über die Gesellschaft im besonderen für die o. H.G. Wie angebracht eine solche Bestimmung ist, erhellt daraus, daß für das Recht der Aktiengesellschaft, wo ein entsprechender Paragraph fehlt, bereits Zweifel darüber entstanden sind, welche Spezialvorschriften des B.G.B. für das H.R. hier subsidiär sind.[1]) Wie zweifelhaft die subsidiäre Anwendung des B.G.B. stellenweise überhaupt werden kann, beweist ferner Dernburgs Bemerkung,[2]) die „Bestimmungen des B.G.B. über rechtsfähige Vereine waren für die handelsgesellschaftlichen Körperschaften nicht bestimmt". Andererseits war es mit Rücksicht auf die bedeutenden theoretischen Meinungsverschiedenheiten über den rechtlichen Charakter der o. H.G. geboten, hier eine spezielle Regelung zu treffen. Denn eigentlich wäre es das Natürlichere für die Anhänger der jur. Person gewesen, die Bestimmungen über rechtsfähige Vereine subsidiär heranzuziehen. Darauf weist auch Gierke[3]) hin, wenn er meint, die Anwendung der Gesellschaftsregeln auf eine jur. Person (Verbandsperson) könne nicht, ohne daß man sich eines inneren Widerspruches schuldig mache, geschehen. Ich glaube aber, daß in diesem angeblichen „inneren Gegensatz" noch kein zwingender Gegenbeweis gefunden ist. Gewiß besteht rein begrifflich ein schroffer innerer Gegensatz zwischen Verbandspersönlichkeit und Gesellschaft; es fragt sich nur: Hat das B.G.B. ihn beachtet? Hier ist aber darauf hinzuweisen, daß gerade im B.G.B. die sog. „nicht rechtsfähigen Vereine", die ihrem „inneren" Wesen nach sicherlich alle Merkmale der Verbands-

---

[1]) vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit Anm. 2 g; Staub § 178 Anm. 9 gegenüber Pinner, Das deutsche Aktienrecht S. 3; Dernburg, B.R. I § 82,4.

[2]) Bürgerl. Recht Bd. 1 § 82,4.

[3]) Arch. f. bürgerl. R. S. XIX 116.

person an sich tragen, in die Zwangsjacke der Gesellschaftsnormen gezwängt sind. Und weiter, hat nicht Gierke selbst darauf hingewiesen, daß, so groß regelmäßig der Abstand zwischen Verbandspersönlichkeit und Gesellschaft sein mag, doch durch die Art der Organisation beide Vereinigungsformen sich einander stark nähern können? So ist ferner in seiner eigenen Schrift (Vereine ohne R. S. 14) zu lesen — allerdings als eine „Seltsamkeit" des B.G.B. verzeichnet —, daß die Gesetzesvorschriften nachgiebig genug sind, um dem Gesellschaftsvertrage die Sprengung des Rahmens der Gesellschaft zu gestatten, d. h. eine derartige Ausgestaltung der Gesellschaft gestatten, daß sich gewisse Eigentümlichkeiten, die nach Gierke allein der Verbandsperson zukommen, auch bei ihr finden. Ich meine, in diesem „inneren Gegensatz" ist nur ein recht zweifelhaftes Hilfsmittel bei Auslegung der neueren auf das B.G.B. aufgebauten Gesetze gegeben.

Gierke beruft sich zu zweit, wie gesagt, auf den festen Begriff der jur. Personen im B.G.B., unter den die o. H.G. nicht falle. Als solche kenne das B.G.B. aus dem Gebiete des Privatrechts nur Vereine und Stiftungen. Zunächst könnte die Meinung die sein: die o. H.G. sei überhaupt kein Verein, weder ein rechtsfähiger noch ein nichtrechtsfähiger, sondern eine Gesellschaft, welcher Begriff dem des Vereins in § 54 B.G.B. ausdrücklich gegenübergestellt wird. Aber gerade den letzteren zu definieren stößt auf mannigfache Hindernisse, und insbesondere kann man unter die von Gierke angenommene Definition: „ein Verband ist ein Verein, wenn er so organisiert ist, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganzes gegenübertritt und als solches im Rechtsverkehr sich gibt und genommen wird" (Ver. o. R. S. 11) sicherlich auch gewisse offene Handelsgesellschaften bringen, obgleich dieselben auch nach Gierke „Gesellschaften" sind. Außerdem ist dann immer noch zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, daß der Verband den Mitgliedern „als einheitliches Ganzes gegenübertritt". Auch Meurer (Die jur. Personen nach deutsch. Reichsrecht S. 67) scheint mir eine verläßliche Definition nicht gefunden zu haben, auch was er in dieselbe aufgenommen hat (Zulässigkeit des Mitgliederwechsels, Organisation, Vorstandschaft), sind nur die naturalia des Begriffs, die sich in der Regel bei der Verbandsperson finden, bei der Gesellschaft nicht. Die Bezugnahme auf das „Regelmäßige" kann aber in einer Definition nicht genügen, solange nicht wenigstens ein unterscheidendes essentiale in derselben enthalten ist. Solange das nicht der Fall ist, bleiben die Grenzen verschwommen, die Begriffe sind durch keine scharfe Scheidewand getrennt, es ist ein Optimismus, dann überhaupt von einer Definition zu reden. Nach solchen Definitionen könnte man schließlich dazu kommen, rechtsfähige und nichtrechtsfähige o. H.G.en zu unterscheiden. Ebensowenig befriedigen die sonst in der Literatur gegebenen Definitionen.[1]) Da somit unter den vorhandenen

[1]) Staudinger, Komm. z. B.G.B. Allgem. Teil S. 93—95; Cosack, Bürgerl. R. 1. u. 2. Aufl. Bd. 2 S. 390/91 und Staub Bd. 1 S. 1036 halten daher jeden nichtrechtsfähigen Verein für eine Gesellschaft.

Definitionen des Vereinsbegriffs des B.G.B. keine scharf genug den Begriff dahin formuliert, daß die o. H.G. keinesfalls unter ihn fallen kann, so muß man wohl zu dem Schlusse kommen, daß auch unter dem B.G.B. es noch recht wohl möglich ist, daß eine o. H.G. als Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kraft besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift d. h. des Handelsgesetzbuchs juristische Persönlichkeit hat.

Eine Meinung, die schon in der Gegenüberstellung der §§ 124 und 210 H.G.B. (die o. H.G. kann nur „unter ihrer Firma" Rechte „erwerben" und Verbindlichkeiten „eingehen", während die A.G. „als solche" „selbständig" Rechte und Pflichten „hat") einen völlig ausreichenden Grund zur Verneinung der juristischen Persönlichkeit sähe, wäre als zu formal und äußerlich abzuweisen.[1])

Damit ist auch für diese Abhandlung die alte Streitfrage aufgerollt, und wie von allen, die sich bisher mit ihr beschäftigt haben, ist auch hier zu fragen: Welche Gesetzesnormen über die o. H.G. können als die Folgerungen einer etwa zugrunde liegenden Theorie der juristischen Persönlichkeit erscheinen?

Zwingend kann der Rückschluß von angeblichen Ausflüssen der Persönlichkeitsnatur der o. H.G. auf eine derartige Konstruktion des Gesetzes da nicht sein, wo es sich um Bestimmungen handelt, die auch für die Gesellschaft des B.G.B. Anwendung finden. So ist namentlich die durch § 719 B.G.B. geschaffene Abgeschlossenheit des Gesellschaftsvermögens nicht mehr für diese Theorie in Anspruch zu nehmen. Die Gesellschaft des B.G.B. ist unmöglich eine jur. Person, trotzdem findet sich jene deutschem Recht entstammende Gestaltung des Vermögensrechtes der Gesellschaft auch bei ihr. Daraus geht unwiderleglich hervor, daß das Gesetz hier von einer Konstruktion ausgeht, die eine solche Geschlossenheit zu erklären vermag, ohne zur Annahme einer jur. Person greifen zu müssen: Theorie der Gesamthand.[2])

Die Theorie der jur. Person kann also jene Bestimmung nicht mehr für sich verwenden. Das eben Erörterte spricht aber auch nicht etwa gegen sie, etwa deswegen, weil ein derartiger Gesetzesparagraph nicht das eine Mal sich als Ausfluß einer Gesellschaftstheorie, das andere Mal als Ausfluß der entgegengesetzten Theorie darstellen könne. Vielmehr entspricht es der Technik des B.G.B., sich um Konstruktionsfragen so wenig wie möglich zu kümmern, und hier, soweit die Rechtssicherheit dadurch nicht Schaden leidet, der Betätigung der Wissenschaft nicht zu enge Schranken zu ziehen. Eine nicht geringe Stütze aber werden die Anhänger der Theorie der jur. Person darin finden können, daß die augenblicklich herrschende Ansicht in ihrer Konstruktion der Gesamthand mehr und mehr

---

[1]) vgl. Thöl, H.R. 6. Aufl. S. 467ff.; Gierke, Gen.-Th. S. 41; Kohler, Markenschutz S. 236; Anschütz S. 6 Anm. 3 S. 9 Anm. 9; Meurer S. 77.

[2]) übrigens haben schon früher vor dem neuen H.G.B. eine Anzahl von Anhängern der Theorie der jur. Person ausdrücklich auf dieses Beweismittel verzichtet, z. B. Eccius, Z. 32 S. 6; v. Sicherer S. 11.

zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit hingedrängt wird und nur dadurch, daß sie sich mit der Terminologie des G.B. in Widerspruch setzt, dieser Notwendigkeit entgeht (darüber s. u. § 5). Jedenfalls aber ist zwingend die Berechtigung der Annahme einer juristischen Persönlichkeit nur dann erwiesen, wenn der Beweis dafür vor allem aus den „Zutaten des H.G.B." hergeleitet wird. Inwieweit sind in ihnen die Merkmale der jur. Personen enthalten?

Die o. H.G. trägt nach § 124 H.G.B. eine Firma, die sich von den Einzelnamen ihrer Mitglieder unterscheidet. Sie tritt also unter einem besonderen Namen im Verkehr auf. Das beweist jedoch nichts. Sogar die einzelne Person hat die Möglichkeit, sich mehrerer Namen zu bedienen, so der Kaufmann in seiner Firma für seine geschäftlichen Beziehungen, der Künstler und Schriftsteller im Pseudonym. Gleichwohl wird ihnen nicht eine von jenem Namen gedeckte zweite juristische Persönlichkeit gegenübergestellt. Ebensowenig ist es geboten, wenn mehrere sich für den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes einen besonderen Namen geben, eine juristische Persönlichkeit als Träger dieses Namens zu konstatieren.[1]) Es ist eben nur ein zweiter Name, der die Summe der Gesellschafter in ihrem gemeinsamen Tätigkeitsbereich und zusammengefaßt durch personenrechtliche Beziehungen bezeichnet.

Gegenüber der Behauptung, daß die Gesellschaftsfirma nur Sammelname für die jedesmaligen Gesellschafter sei, berufen sich einige[2]) darauf, daß unter der Gesellschaftsfirma die Eintragungen im Grundbuch vollzogen werden. Bezeichne nun die Gesellschaftsfirma nur die Summe der Gesellschafter, stehe also das Eigentum den Gesellschaftern gemeinsam zu, so würde ein gemäß § 130 H.G.B. eintretender neuer Gesellschafter Miteigentum ohne Eintragung erwerben; desgleichen würden beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Anteile der anderen sich entsprechend vergrößern, ohne daß sich am Eintrag etwas ändere. Es wäre also jenes für unser Grundbuchwesen grundlegende Prinzip durchbrochen, daß zur Übertragung des Eigentumes an Grundstücken die vorherige Eintragung erforderlich sei. Um nicht eine Durchbrechung dieses Grundsatzes annehmen zu müssen, halten sie es für richtiger, die eingetragene Firma als die einer jur. Person anzusehen und dieser das Eigentum zuzuschreiben. Mit dem damit abgelehnten Miteigentum der Gesellschafter, aus dem allein jene eigentümliche Erscheinung der An- und Abwachsung folgen würde, ist dann offenbar auch jene Prinzipwidrigkeit beseitigt. Diese angebliche Prinzipwidrigkeit findet sich aber auch beim Übergang des Grundstückseigentums vom Erblasser auf den Erben, ferner bei der allgemeinen Gütergemeinschaft im Eherecht. Der aufgestellte Grundsatz beruht in seiner Absolutheit auf einer Überschätzung des Eintragungsprinzips. Dasselbe schreibt nur eine Form für die Eigentumsübertragung vor; eine Be-

---

[1]) vgl. hierzu überall Laband, Z. 30 S. 474 ff.

[2]) Dahn, Handelsrechtl. Vorträge S. 77; Gareis, Das d. H.R. 7. Aufl. § 27; v. Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung S. 111 ff.

freiung davon durch die Rechtsordnung ist durchaus nicht außergewöhnlich.[1] Die Eintragung bewirkt nicht allein die Rechtsänderung, sie tritt zu den sonstigen Voraussetzungen einer Rechtsänderung als Erfordernis ihrer Gültigkeit hinzu. Auch sprechen erhebliche praktische Gründe für die Formbefreiung, das Erfordernis des Grundbucheintrages ist nur eingeführt zu dem Zwecke, daß es jederzeit offenkundig sein soll, wer Eigentümer des Grundstücks sei. Dieses Publizitätsprinzip des Grundbuches wird aber hier ergänzt durch das des Handelsregisters; welche Personen sich unter der im Grundbuch eingetragenen Firma verbergen, ergibt sich aus dem ebenfalls öffentlichen Handelsregister. Daß in diesem aber jede Veränderung im Personenbestande der o. H.G. eingetragen wird, dafür sorgt das H.G.B. in den §§ 107, 14. Wozu in beiden Büchern Einträge, wenn sich der gewünschte Erfolg, die Publizität, auch durch einen Eintrag erreichen läßt? Die ganz gleiche Erscheinung einer angeblichen Durchbrechung dieses Prinzips, daß also Eigentum an Grundstücken ohne Eintragung übergeht, findet sich H.G.B. § 304 Abs. 4. Auch hier dürfte die gleiche Erklärung am Platze sein, daß die Publizität des Handelsregistereintrags den Grundbucheintrag erübrigt. Sie liegt hier noch näher insofern als in § 304 Abs. 4 der Eintragung des bezüglichen Beschlusses der Generalversammlung im Handelsregister ausdrücklich jene konstitutive Wirkung hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse zugeschrieben wird, wie sie auch dem entsprechenden Grundbucheintrage eigen wäre.

Ebensowenig nötigen die Worte des § 124: Die o. H.G. kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, dazu, die o. H.G. als juristische Person aufzufassen. Denn da die Firma nach dem oben Gesagten der kaufmännische Sammelname einer Personenmehrheit ebenso gut sein kann als der Name einer juristischen Einzelperson, so ist damit noch nicht ausgesprochen, wer aus dem unter der Firma geschlossenen Rechtsgeschäfte in Wahrheit berechtigt und verpflichtet ist. Die Fähigkeit unter der Firma zu erwerben, bedeutet noch nicht die Vermögensfähigkeit der o. H.G.

Auch die Formel: Die o. H.G. kann unter ihrer Firma klagen und beklagt werden, ergibt an sich nichts für diese Theorie, wie ein Vergleich mit § 17 Abs. 2 H.G.B. zeigt. Ebensowenig wie in § 17 würde ihr hier mit Notwendigkeit der Sinn untergelegt werden müssen, daß sie den einzelnen Gesellschaftern das dominium litis entzöge, d. h. daß nicht die Gesellschafter, sondern eine juristische Person Klägerin oder Beklagte sei. Darauf, daß sich aus der Beibehaltung der Gesellschafter als domini litis mancherlei Schwierigkeiten ergeben, weist besonders Eccius a. a. O. 53 hin, doch auch hier sind Theorie und Praxis, ohne mit der Gesellschaftstheorie in Widerspruch zu geraten, zu praktisch brauchbaren Entscheidungen gekommen. Man hat zu diesem Zwecke den Begriff der formellen Rechtsfähigkeit, der Einheitsfunktion gebildet (untereinander

---

[1]) vgl. auch: Der Staat als grundbuchbefreites Subjekt.

wieder abweichend Bekker,[1]) Wach,[2]) Meurer).[3]) Man braucht nur daran festzuhalten, daß die Gesellschafter die Kläger oder die Beklagten sind, daß sie es aber nur in ihrer Vereinigung und als Träger des Gesellschaftsvermögens sind,[4]) und es wird sich zeigen, daß die Annahme einer juristischen Persönlichkeit auch hier unnötig ist.

Der Parteifähigkeit der o. H.G. entspricht ein selbständiger Gerichtsstand, wie er auch für die im Geschäftsbetriebe eingegangenen Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns existiert (C.P.O. § 21).

Ähnlich der Stellung der o. H.G. im Prozesse ist ihre Stellung im Zwangsvollstreckungsverfahren. Nach § 124 Abs. 2 ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der o. H.G. eine gegen die o. H. unter ihrer Firma gerichteter Schuldtitel erforderlich. Nach C.P.O. 736 für die Gesellschaft des B.G.B. dagegen ein gegen alle Gesellschafter gerichteter, so daß auch wegen Solidarschulden sämtlicher Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen angegriffen werden kann. Der Umstand, daß die Firma als Zwangsvollstreckungsschuldnerin erscheint, macht sie ebensowenig zur juristischen Person, wie etwa die Vorschrift des § 748 C.P.O. (vgl. dagegen § 747 daselbst) den Nachlaß zu einer solchen oder den Testamentsvollstrecker zum Eigentümer desselben macht. Der Grund für beide Bestimmungen ist, daß Verfügungen hier nur durch den Testamentsvollstrecker, dort nur unter der Firma erfolgen können.

Ebensowenig kann dem durch § 124 Abs. 2 herbeigeführten gänzlichen Ausschluß der Privatgläubiger (vgl. dagegen C.P.O. 736) vom Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen der o. H.G. eine prinzipielle Bedeutung beigemessen werden. Derselbe ist nur eine folgerichtige Durchführung des auch für die Gesellschaft des B.G.B. geltenden Grundsatzes, daß die Quote des Einzelgesellschafters am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen Gesellschaftsgegenständen, so wenig der Gesellschafter selbst darüber verfügen kann, für seine Privatgläubiger nicht unmittelbar pfändbar ist.

Einen Stützpunkt ihrer Ansicht finden die Anhänger der Theorie der juristischen Person weiterhin in der Konkursfähigkeit der o. H.G. Gemäß § 209 K.O. gibt es einen Sonderkonkurs über das Vermögen der o. H.G. Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist die Möglichkeit eines solchen bestritten und wohl mit den meisten[5]) zu verneinen. So verfehlt es wäre, die Möglichkeit des Sonderkonkurses lediglich auf die obligatorischen Abmachungen der Gesellschafter untereinander zurückzuführen[6]) (dagegen B.G.B. § 137), so ungerechtfertigt wäre die Ansicht,

---

[1]) System des heut. Pandektenrechts S. 196 ff., S. 213 ff.

[2]) Handbuch des Civilprozesses S. 519 ff.

[3]) Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht 1901 S. 79.

[4]) vgl. Staub 7. Aufl. § 125 Anm. 5.

[5]) Knoke, Recht der Gesellschaft S. 23 ff.; Jäger, Komm. z. K.O. S. 30 Anm.; Endemann § 181 Anm. 20; Planck zu § 728; Staudinger II § 718 Anm. 4; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 27; Cosack, B.R. II S. 366; Denkschrift zum H.G.B. S. 19.

[6]) Laband, Z. 31 S. 1—24 und Z. 30 § 5.

die Konkursfähigkeit des Gesellschaftsvermögens werde nur durch die Annahme einer selbständigen juristischen Persönlichkeit hinreichend erklärt. Wenn Renaud, Recht der K.G. S. 485, sagt, nur ein Rechtssubjekt könne Konkurs machen, und infolge dieses Satzes zu der dem Wesen der o. H.G. widersprechenden Auffassung des Gesellschaftskonkurses als einer Anzahl von Partikularkonkursen kommt und damit den Anhängern der juristischen Person ohne seinen Willen eine Waffe in die Hand gibt, so ist ihm zu erwidern: Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurse sind allerdings die Gesellschafter.[1]) Es ist jedoch ein einheitlicher Konkurs nicht nur über das Vermögen eines einzelnen Rechtssubjekts möglich, sondern auch über die aus dem übrigen Vermögen mehrerer Rechtssubjekte mit Wirkung gegen Dritte ausgesonderte, zur Einheit zusammengefaßte Summe von Vermögensteilen der mehreren. Auch hier darf die Hervorhebung der Einzelpersönlichkeiten der Gesellschafter nicht weitergetrieben werden, als bei der Zurückführung der Parteifähigkeit der o. H.G. auf eine einheitliche Behandlung der mehreren Gesellschafter im Prozeß. Auch hier sind die Gesellschafter nur als Verbundene und als Träger des Gesellschaftsvermögens Gemeinschuldner.[2]) Wer die Zulässigkeit einer Mehrzahl von Gemeinschuldnern bestreitet, setzt sich in Widerspruch mit der Zulassung von anderen Sonderkonkursen durch die Rechtsordnung, z. B. des Nachlaßkonkurses. Dagegen möchte ich mir nicht die Beweisführung Meurers aneignen, der in der Nichtzulassung der Gesellschafter im Gesellschaftskonkurs als Gläubiger bezüglich ihrer Einlagen (im Einklange mit seiner „Fortbildung“ [3]) der Labandschen Definition der juristischen Person) einen Grund zur Verwerfung der juristischen Person findet. Er hält folgerichtig die Aktiengesellschaften ebenfalls nur für Gesellschaften im technischen Sinn.[4]) Ihn widerlegt m. E. das Gegenbeispiel, das von Sicherer a. a. O. S. 120 gibt. Der stille Gesellschafter darf seine Einlage, soweit sie am Verluste teilzunehmen hat, im Konkurse des Gesellschaftsinhabers auch nicht anmelden.

Als weitere Eigentümlichkeit der o. H.G. führt Kohler, Markenschutz S. 235, bei Begründung seiner Anschauung u. a. an, „die o. H.G. hätte ein Vermögen, welches bleibt, wenn auch die Gesellschafter wechseln, und welches alle ursprünglichen Gesellschafter überdauern könne“ (§ 130 H.G.B.: Wer in eine „bestehende“ Gesellschaft eintritt . . . .). Auch das kann jetzt kaum noch als eine Zutat des H.R. angesehen werden, da eine Anzahl von Schriftstellern den Wechsel der Mitglieder ohne vorherige

---

[1]) Jäger, Konkurs der o. H.G. § 4; a. M. Meurer a. a. O. S. 127.

[2]) vgl. Jäger a. a. O. S. 67 ff. Die Konkursfähigkeit der o. H.G. als Folge der Haftungssonderung anzusehen, geht nicht mehr an, da Art. 122 a. H.G.B. durch 212 K.O. ersetzt ist und somit eine wirkliche Subsidiarität der Gesellschafterhaftung nicht mehr besteht, vgl. Jäger selbst S. 39, dazu Joerges S. 49 Anm. 232.

[3]) Meurer S. 75/76.

[4]) a. a. O. S. 100.

Auflösung der Gesellschaft auch bei der Gesellschaft des B.G.B. zuläßt.[1] Unter ihnen finden sich trotz ihrer — Gierkeschen Anschauungen widersprechenden — Konstruktion des Eigentums zur gesamten Hand: Nagler,[2] Joerges,[3] Cosack. Es erklärt sich auch diese Erscheinung aus dem Wesen des gesamthänderischen Eigentums, indem der Anwachsung des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters an die der übrigen Gesellschafter die Abwachsung eines Anteils für den neueintretenden von den alten Anteilen entspricht.

Zuletzt sei noch ein Einwand, den v. Sicherer a. a. O. S. 114 gegen die Gesellschaftsnatur macht, angeführt: Wäre, so sagt er, die o. H.G. eine wirkliche Gesellschaft, wären die wahren Subjekte des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter und nicht eine juristische Person, so wäre es ausgeschlossen, daß der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft als Dritter gegenüberstehen könne. Dann könne es nur Rechtsverhältnisse unter den Gesellschaftern geben, und diese wären mit der a pro socio geltend zu machen (so v. Sicherer). Unzweifelhaft kann aber nach H.G.B. der einzelne Gesellschafter Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft sein.[4] Diese Erscheinung ist zu erklären aus der auch für die Gesellschaft des B.G.B. festgesetzten Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens, die eine confusio, ein Zusammenfließen von Berechtigung und Verpflichtung, verhindert und demzufolge einen Vertragsschluß, bei dem der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenübersteht, nicht — auch nicht pro rata — als zweckloses Kontrahieren mit sich selbst erscheinen läßt. Steht man auf dem Standpunkte Gierkes, demzufolge die Berechtigung der Gesellschaft und die der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen sich derart unterscheiden, daß der einzelne Gesellschafter am Einzelgegenstand gar nicht unmittelbar berechtigt ist, so ist eine derartige Konstruktion nicht weiter zu erörtern. Denn die Art der Berechtigung, die dem Gesellschafter als Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zusteht (nicht unmittelbare), ist verschieden von der Berechtigung, welche er am einzelnen Gesellschaftsgegenstand erwirbt, wenn er zur Gesellschaft wie ein Dritter in Beziehungen tritt (unmittelbare). Aber auch nach der Gesamthandtheorie der Gegner Gierkes, die unmittelbare Anteile der Gesellschafter an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens anerkennt und nur eine personenrechtliche Gebundenheit in der Verfügungsgewalt annimmt, ergibt sich die Möglichkeit solcher Gläubiger- und Schuldnerverhältnisse. Schließt z. B. die Gesellschaft mit dem Gesellschafter als Dritten einen Mietsvertrag ab, so hat nicht der Gesellschafter die Benutzung der Sache gleichzeitig sich selbst entzogen und teilweise wieder eingeräumt, sondern sein Recht auf die Mitbenutzung der gemieteten Sache ist kein freies selbständiges Recht, viel-

[1] Gierke, Ver. o. Rechtsfähigkeit Anm. 38a; abweichend z. B. Planck zu § 54 und Oertmann zu § 736.

[2] Sächs. Archiv für bürgerl. Recht u. Prozeß X S. 695.

[3] Zeitschr. f. H.R. Bd. 49 S. 140ff., Bd. 51 S. 47ff.

[4] Trotz der Überschrift der Titel 2 und 3; vgl. § 110: „die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet", § 113: „die Gesellschaft kann Schadensersatz verlangen".

mehr auch nach außen belastet mit den Beschränkungen, die sich aus dem personenrechtlichen Band des Gesellschaftsvertrages ergeben. Uebrigens ist gleiches für die Gesellschaft des B.G.B. anzunehmen, wie es auch durchgängig geschieht.[1] Damit ist auch dieser Einwand durch die Bezugnahme auf die gesamthänderische Natur des Gesellschaftsvermögens erledigt.

In den bisherigen Ausführungen ist, ohne daß der Begriff der juristischen Person näher umgrenzt wurde, eine Anzahl von Formulierungen desselben zurückgewiesen worden. Diese Methode genügte, um zu zeigen, wie wenig die Annahme einer juristischen Person durch die einzelnen Besonderheiten der o. H.G. gefordert wird. Um dagegen nach positiver Richtung klarzustellen, daß das Wesen der o. H.G. dem der juristischen Person widerspricht, ist eine Definition des Begriffes zu geben. Das, was als Essentiale Gesellschaft und juristische Person unterscheidet, ist, daß erstere ein Rechtsverhältnis, letztere ein Rechtssubjekt darstellt. Es fragt sich nun, worin die Rechtssubjektivität nach außen erkennbar wird. Weder die Firma, noch die im § 124 der o. H.G. beigelegten Eigenschaften können, wie oben gezeigt, als sichere Merkmale vorhandener Rechtsfähigkeit gelten. Privatrechtlich tritt diese vornehmlich hervor in der Fähigkeit, Träger vermögensrechtlicher Beziehungen zu sein. Wer Träger derselben ist, die Personenvereinigung als solche oder ihre einzelnen Mitglieder, läßt sich bei einigen Gebilden, zu denen die o. H.G. gehört, deswegen schwer feststellen, weil auch bei einer Gesellschaft, besonders leicht nach dem germanistischen Aufbau des Gesellschaftsrechts im B.G.B., sich die einzelnen Gesellschafter das Verfügungsrecht fast vollständig und zwar mit Wirkung gegen Dritte entziehen können. Dagegen ist ein sicheres Kennzeichen dafür, ob juristisch das eine oder das andere der Fall, die Haftung für die Schulden. Es gibt keine Gesellschaftsschulden, d. h. keine Schulden, für die das Gesellschaftsvermögen allein haftet.[2] Was unter diesem Namen gemein hingeht, sind regelmäßig die Schulden, für die das Gesellschaftsvermögen noch außer dem Privatvermögen der Gesellschafter haftet.[3] Der Satz: „Solange die Mitglieder der Personenvereinigung für die im Interesse der Gesamtheit gemachten Schulden persönlich haften, ist diese keine juristische Person" entspricht auch im hervorragenden Maße dem Rechtsgefühl. Denn die „Expropriation" der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen, welche die Theorie der juristischen Persönlichkeit[4] vornehmen muß, steht zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter im schärfsten Gegensatz. Diese Theorie kann jene gesetzliche Haftung nicht erklären. Sie kann sich nicht berufen auf die persönliche Haftung der Genossen bei den eingetragenen Genossenschaften; denn diese ist nur subsidiär, sie gleicht einer Bürgschaft. Auch damit, daß diese Haftung als Garantie bezeichnet

---

[1]) vgl. Knoke a. a. O. S. 97 und die dort Angeführten.

[2]) Ausnahmen bei Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden usw. S. 45.

[3]) vgl. dagegen vom Standpunkte d. Genossenschaftsth. S. 308 Bekker, Pand. § 60 Beil. 2 § 67.

[4]) Wenn auch mit einigem Widerstreben, vgl .die Ausführungen Affolters, Arch. f. bürgerl. Recht 5 S. 9.

wird, ist nichts gewonnen. Eine wirkliche Garantie äußert vernünftigerweise ihre Wirksamkeit erst, wenn das, was garantiert ist, nicht eintritt, nicht aber unbekümmert um dessen Eintritt oder Nichteintritt. In unserem Falle könnte der Inhalt der Garantie auch nur der sein, die Gesellschafter verpflichten sich, dafür einzustehen, daß die Gesellschaftsverbindlichkeiten erfüllt werden. Das beneficium excussionis müßte ihnen zustehen, wären sie bloße gesetzliche Garanten, wie es etwa die Genossenschafter sind. Auch der Hinweis darauf, daß ja auch bei einer Körperschaft die Mitglieder sich für deren Verbindlichkeiten haftbar machen könnten, erklärt nichts; denn hier ist die Frage, welche beantwortet werden soll, gerade die: warum haften die Gesellschafter, ohne daß sie sich vorher vertragsmäßig den Gläubigern gegenüber verpflichtet haben? Natürlich entspringt die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht aus dem Gesellschaftsvertrage, sondern aus den für jeden einzelnen Fall anzuwendenden allgemeinen Grundsätzen, vor allem der Stellvertretung. Aus ihnen ergibt sich die Haftung der Gesellschafter für alle sogenannten Gesellschaftsschulden. Daß bei der o. H.G. eine besondere Vorschrift notwendig war, erklärt sich daraus, daß es bei den „unter der Firma" entstandenen Verbindlichkeiten hätte zweifelhaft werden können, ob unter ihr die Gesamtheit der Gesellschafter oder eine juristische Persönlichkeit verstanden sei. Gleichzeitig sind im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und des Kredits der o. H.G., also aus rechtspolizeilichen Gründen, durch § 128 die Teilhaftung ausgeschlossen, sowie jene nach bürgerlichem Recht möglichen Ausnahmefälle beseitigt, in denen den Gesellschaftsgläubigern, ohne daß sie sich vertragsmäßig selbst darauf beschränkt hätten, lediglich der Gesellschaftsfond haftet.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, daß die o. H.G. mangels anderer Vertragsabrede durch den Konkurs, den Tod eines Gesellschafters, die Kündigung seitens eines solchen aufgelöst wird, daß in der Regel der Kreis ihrer Teilnehmer auf eine kleinere Anzahl bestimmter Personen sich beschränkt; alles das sind naturalia des Gesellschaftsbegriffes, und auch darauf kann man sich bei der hier vertretenen Ansicht stützen.

Das Ergebnis der Würdigung der Theorie der juristischen Person ist demnach:

Die o. H.G. zeigt uns: Es gibt Erscheinungen, die als Ausfluß einer selbständigen juristischen Persönlichkeit der o. H.G. erscheinen könnten, doch ist der Rückschluß kein zwingender. Sie sind vielmehr teils vom Standpunkte einer deutschrechtlichen Gesellschaftslehre ohne Zwang zu erklären. Teils finden sich ähnliche Erscheinungen, die beweisen, daß dieselben nicht überall da, wo sie sich finden, auf das Vorhandensein juristischer Personen zurückzuführen sind. Andererseits gibt es Erscheinungen, die mit dem Charakter der juristischen Personen unvereinbar sind. Die Untersuchung hat also zu einem ablehnenden Ergebnis geführt. Im besonderen bezüglich der Forderungen und Schulden ergibt sich: die Gesellschaftsforderungen wie die Gesellschaftsschulden sind für den Gesellschafter nicht völlig fremde; es besteht also eine Mitberechtigung desselben, resp. eine Mitverpflichtung an ihnen.

§ 3.

Vermittelnde Theorien.

Zunächst sind noch einige vermittelnde Theorien zu behandeln, sie haben im Vergleich zu der eben erörterten den Vorzug der größeren Anpassungsfähigkeit an die einzelnen Gestaltungen des Gesellschaftsrechts, dagegen den Nachteil einer weniger scharfen begrifflichen Abgrenzung. Sie sind auch gerade deshalb nicht so leicht zu widerlegen. Von der juristischen Person leiten sie in schwachen Abstufungen über bis zur römischen Sozietät, in welcher dann die Vereinheitlichung des Gesellschaftsvermögens fast ganz verschwunden ist. Hierher gehören schon diejenigen Anhänger der in § 2 erörterten Konstruktion, welche der juristischen Persönlichkeit ihren materiellen Inhalt nehmen, indem sie dieselbe nur als Form des vermögensrechtlichen Verkehrs betrachten, ihren selbständigen wirtschaftlichen Inhalt aber leugnen,[1]) oder indem ihnen das Subjekt des Gesellschaftsvermögens infolge seiner Innehabung von Vermögenswerten selbst als wirtschaftliches Wertsubjekt erscheint, das dann im Miteigentum der Gesellschafter steht.[2])

Dem Namen nach am nächsten kommt der Theorie der juristischen Person die Theorie der relativen juristischen Person. Sie ist zuerst aufgestellt worden von Dahn.[3])

Dahn formuliert jetzt, wie er dem Verfasser persönlich mitteilte, seine Lehre folgendermaßen:

„Er verwirft durchaus die Annahme einer juristischen Person, aber ebenso entschieden Gierkes ‚Genossenschaft‘ und ‚Gesamteigentum‘ als unlogisch und als geschichtlich weder nötig noch auch nur möglich (so auch bei der Allmande). Er weist nach, daß jene Lehre durchaus nichts Neues, sondern schon im 17. Jahrhundert von Justus Veracius in seinen consuetudines principatus Bambergensis (1681) (für die eheliche Gütergemeinschaft) aufgestellt und dann von Bluntschli und Beseler, Gierkes Lehrern, wiederholt ist. Er nimmt ein gesellschaftliches Vertragsverhältnis an, dem nur in der Richtung nach außen einzelne ähnliche Wirkungen wie der juristischen Person beigelegt werden. Und auch dies nur „solange die Firma standhält“, d. h. zweifellose Schulden aus ihrem Vermögen bezahlt. Keineswegs muß der Gläubiger erst die Firma erfolglos ausgeklagt haben, bevor er auf die einzelnen greifen darf: ja, nach einem Erkenntnis des Reichsgerichts, das Dahn als gegen die kaufmännische Anschauung verstoßend bekämpft, soll der Gläubiger, ohne sich vorher an die Firma zu wenden, sofort jeden Gesellschafter auf das Ganze belangen können.“

Dieser Satz: „Der o. H.G. werden nach außen einzelne ähnliche Wirkungen wie einer juristischen Person beigelegt, „solange die Firma

---

[1]) v. Sicherer a. a. O. S. 117/118.

[2]) Affolter S. 9.

[3]) Handelsrechtliche Vorträge S. 75ff., Rechtsbuch S. 273.

standhält" dürfte wohl nur de lege ferenda gemeint sein. Im geltenden Recht findet er eine Begründung nicht. Die persönliche Haftung der offenen Handelsgesellschafter für die Gesellschaftsschulden ist eine primäre.

Während Dahn jetzt dem Gesellschaftsverhältnisse der o. H.G. nach außen „einzelne ähnliche Wirkungen" wie der juristischen Person beilegt, damit aber dann keine Definition mehr, sondern nur eine Erklärung des Wesens der o. H.G., gilt nach Gareis,[1]) Dahns Schüler, die o. H.G. „nach außen Dritten gegenüber als juristische Person, nicht nach innen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander". Würde mit diesen Worten, wie bei Dahn, nur der Sinn verbunden, daß die o. H.G. im Rechtsverkehr wie eine juristische Person auftrete, ihre innere Verfassung aber regelmäßig eine gesellschaftliche, nicht eine korporative sei, so wäre dieser Satz zwar keine Definition, aber sonst unbedenklich. Es soll aber mehr sagen. Der Träger der Rechte und Pflichten soll wechseln je nachdem man die Außen- oder Innenverhältnisse ins Auge faßt. Also trotz des Miteigentums der Gesellschafter nach innen Allein-Eigentum der juristischen Person nach außen. Das Eigentum — ein einheitliches Recht — steht im gleichen Augenblick selbständig und ungeteilt einmal der juristischen Person, zum anderen Mal der Summe der Gesellschafter zu.

„Miteigentum und Vereinseigentum sind aber unvereinbare Gegensätze." [2])

Was hier unter Anlehnung an einen bereits vorgefundenen Begriff versucht ist, nämlich eine logische Form zu schaffen für Gebilde, die sich ohne Zwang weder der Kategorie der Sozietät, noch der juristischen Person einfügen, wollten andere durch Bildung eines neuen Begriffs erreichen; so Brinkmann mit dem Begriffe der „Kollektivgesellschaft" (Handelsrecht S. 126) Unger mit dem der „Kollektivpersönlichkeit" (Jahrb. für Dogm. Bd. 25 S. 251, 252). [3]) Auf diese Meinungen näher einzugehen, ist deswegen überflüssig, weil ihre Begründungen teils im vorigen miterörtert sind, teils im nächsten Paragraphen mit zur Sprache kommen. Sagt doch Gierke[4]) selbst von ihnen (Brinkmann, Beseler, Dahn, Gareis), nur der Ausdruck wäre schief. Hinter ihm verberge sich der richtige Gedanke einer kollektiven Einheit. Interessant ist es jedenfalls, daß diese Schriftsteller teilweise ohne den historischen Ausgangspunkt Gierkes[5]), auf den dieser so großes Gewicht legt, zu einem inhaltlich gleichen Ergebnis kamen.

---

[1]) Gareis-Fuchsberger, Das allgem. d. H.G.B. 1891; Gareis, Das deutsche Handelsrecht 3. Aufl. 1903; Kommentar z. H.G.B. Handausgabe 1900.

[2]) Leonhard, Allgem. Teil des B.G.B. S. 106 u. 107; dagegen Gierke, Genoss.-Th. S. 319.

[3]) Ähnlich Beseler § 222 und Dernburg, Pr. Privatrecht II § 217.

[4]) Gierke, Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung S. 50.

[5]) Bezüglich desselben teilt der Verfasser den Standpunkt Dahns, Rechtsb. S. 104.

§ 4.

Die Gesamthandtheorie Gierkes.

Augenblicklich ist nicht eine der vorerwähnten Konstruktionen die herrschende; auch auf die römische Sozietät geht man angesichts der Regelung des Gesellschaftsrechts durch das B.G.B. nicht mehr als auf das grundlegende Prinzip zurück. Man hat sich daran gewöhnt, die Gesellschaften unserer jetzigen Rechts als nach dem Grundsatze der „gesamten Hand" ausgestaltet anzusehen. Daneben fehlt es nicht an Skeptikern, die da meinen, mit einer Allgemeinvorstellung, wie es die gesamte Hand sei, lasse sich bei dem Konstruktionsversuche nichts anfangen.[1]) Ihnen wäre jedoch nur dann zu folgen, wenn sie ein anderes grundlegendes Prinzip zu geben wüßten. Keinesfalls darf es als die alleinige oder gar höchste Aufgabe unserer Wissenschaft angesehen werden, sich lediglich mit der Wortauslegung der gesetzlichen Normen zu befassen. Das Zurückführen derselben auf innere Zusammenhänge muß immer das letzte Endziel der Theorie bleiben. Ein Verzicht darauf würde eine unsägliche Verflachung bedeuten. Deshalb ist hier die Gesamthandtheorie näher zu erörtern und ihr kritisierend selbst da nachzugehen, wo Unklarheiten, Meinungs- und Begriffsverschiedenheiten in Hülle und Fülle die Forschung aufhalten.

Die herrschende Meinung gibt dem Ausdrucke „Gesamthand" heute den Inhalt, mit dem Gierke ihn in seinen Werken ausgefüllt hat. Seine Anschauungen sind hier zuerst wiederzugeben; daran sind dann die etwa abweichenden Aufstellungen anderer anzuschließen.

Nach Gierke werden durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht bloß obligationenrechtliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander begründet, es tritt eine personenrechtliche Gebundenheit der Gesellschafter ein, deren Reflex eine eigentümliche Gestaltung des Vermögensrechts der Gesellschaft ist. „Es handelt sich bei der gesamten Hand um den Einfluß einer Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft."[2]) Dieser Einfluß ist nicht auf obligationenrechtliche Normen gegründet, denn er wirkt auch gegen Dritte; ebensowenig aber lassen sich die Erscheinungen, die sich als Wirkungen desselben darstellen, mit rein sachenrechtlichen Normen erklären. Denn sie entspringen einem nur unter den Gesellschaftern abgeschlossenen Vertrage, dem an sich eine auch gegen Dritte wirkende Kraft nicht innewohnt. Durch jenen personenrechtlichen Vertrag verpflichtet sich der einzelne Gesellschafter, die eigene Persönlichkeit mit den ihr nach der Rechtsordnung zustehenden Befugnissen in den Dienst eines gemeinschaftlichen Gesellschaftszweckes zu stellen (Gen.-Th. S. 349: Negation der Sondersphäre. — Ausgestaltung einer einheitlichen Gesamtsphäre). Dieses Verpflichtungsverhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern, das bei der o. H.G. äußerlich hervortritt in der

---

[1]) Weiland a. a. O. S. 4.

[2]) Gierke, Gen.-Th. S. 343.

gemeinsamen Firma, ist enger als eine bloße obligatio. Die Analogie der eherechtlichen Beziehungen wird herangezogen, um das zu erklären. Obwohl nun jene Gebundenheit wie im Eherecht auch gegen Dritte wirksam wird, obwohl auch Dritte unterscheiden müssen zwischen den Gegenständen, die den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zustehen, und denen, deren Subjekte sie als einzelne sind, ist doch durch diese Gebundenheit keine juristische Person geschaffen. Denn „der Name der Person ist nur derjenigen Verbandsperson zuzuerkennen, welche vermöge einer die Teile zum Ganzen ordnenden Verfassung ein vom Wechsel der Individuen unabhängiges eigenes Leben führt“.[1]) Das ist aber bei der Vereinigung mehrerer zu einer o. H.G. nicht der Fall. „Denn da in dem herrschenden gemeinschaftlichen Willen der Einzelwille eines jeden von ihnen als essentieller Faktor enthalten und erkenntlich bleibt, ist ein von dem Einzelwillen losgelöster und ihnen gegenüber in einem selbständigen Verbandsorganismus verkörperter Gemeinwille nicht vorhanden.“[2]) „Die o. H. G. ist also kein neues Rechtssubjekt, aber ein Rechtsverhältnis, welches Rechtssubjekte als solche in eine dauernde gegenseitige Beziehung setzt, sie an- und durcheinander bindet und so unter Aufhebung des bloßen Fürsichseins[3]) der Individuen eine in sich geeinte Personenmehrheit in die Welt der Privatrechtssubjekte einführt.“ Obgleich diese kollektive Einheit kein „neues“ Rechtssubjekt,[4]) kommt ihr gleichwohl eine besondere Rechtsfähigkeit zu. Sie „erscheint“ unter ihrer Firma als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten. Diese stehen zwar an sich den Gesellschaftern, aber den Gesellschaftern in ihrer Gebundenheit zu, und sind deshalb von den andern Rechten und Verbindlichkeiten der Gesellschafter für die Dauer der Gesellschaft rechtlich gesondert. Die Summe dieser Rechte und Verbindlichkeiten bildet das Gesellschaftsvermögen. An ihm steht sowohl den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit (der Gesellschaft) wie jedem einzelnen Gesellschafter ein dingliches Recht zu. „Denn die wahre gesamte Hand bleibt bei aller Innigkeit und Dauer doch nur eine Verknüpfung von individuellen Rechtssphären. Sie gewährt daher notwendig den einzelnen am gemeinschaftlichen Vermögen Anteilsrechte, welche zwar durch ihre Zusammengehörigkeit gebunden sind, immer jedoch selbständige und für sich wertvolle Bestandteile der ausschließlich von den Einzelwillen beherrschten Sondersphären bilden.“[5]) Diese „Kombination von einheitlicher Zusammenfassung und anteilmäßiger Sonderung“ wird dergestalt durchgeführt, „daß, indem die Vermögenseinheit vollkommen abstrakt genommen und demgemäß in den Wertbegriff verlegt wird, mit ungesonderter Gemeinschaft aller Substanzrechte die Ausgestaltung gesonderter Wertanteile verbunden wird“.[6]) Also ihrer Substanz nach stehen die einzelnen Rechte

[1]) Gen.-Th. S. 51.
[2]) Gen.-Th. S. 343.
[3]) Gen.-Th. S. 452.
[4]) Gen.-Th. S. 492, 494.
[5]) Gen.-Th. S. 11.
[6]) Gen.-Th. S. 366, 367.

den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit (der Gesellschaft) zu (Einheitliches gemeinsames Herrschaftsrecht S. 364). Das Eigentum des einzelnen Gesellschafters ist zu einem (dinglichen) Rechte am Wert des Vermögensinbegriffes „reduziert".[1])

Es liegt keineswegs Miteigentum der Gesellschafter am Einzelgegenstand zu ideellen Teilen vor. „Die einzelne Sache ist wie zu keinem gesonderten Teile eine eigene (des einzelnen Gesellschafters), so zu keinem besonderen Anteil eine fremde." [2]) „Sie gehört zwar einer ihm nicht fremden, jedoch nur zu gesamter Hand mit andern zuständigen Eigentumssphären an. So gesellt sich zu jener personenrechtlichen ‚subjektiven Einheit' der Gesellschafter die sachenrechtliche ‚objektive Einheit' des Gesellschaftsvermögens (Universitas iuris, Sondergut)." [3]) Die Anteile der einzelnen Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen „sind durchaus unbestimmt und unwirksam, ja im Grunde eine Denkform ohne reellen Gehalt. Sie ergreifen ihr Objekt nur durch das Ganze hindurch als dessen Bestandteil, sie bilden für sich keinen möglichen Gegenstand eines Rechtsgeschäftes und rechtsgeschäftlichen Verkehrs." [4])

Immerhin ist die Absonderung des Gesellschaftsvermögens nur eine relative.[5])

Die unbeschränkte unmittelbare persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter wird von Gierke folgendermaßen dargestellt: Diese „durch die Firmengemeinschaft begründete Haftungsgemeinschaft" erscheint „als personenrechtliches Haftungsverhältnis", sie ist keine „in Blanko kontrahierte Generalobligation". „Die Gesamtverbindlichkeiten der Gesellschafter enthalten ‚notwendig' zugleich eine Sonderverbindlichkeit aller Gesellschafter." „Gesamtschuld und Sonderschuld sind an sich nur verschiedene Seiten einer einheitlichen Gemeinschaftsobligation, führen jedoch im Verhältnis zueinander in ähnlicher Weise, obschon in geringerem Umfange, ein selbständiges rechtliches Dasein, wie dies auch die einzelnen Sonderschulden im Verhältnis zueinander bei jeder Korrealobligation tun."

Die hier vornehmlich in Betracht kommenden, praktisch zum Teil recht brauchbaren Folgerungen aus dieser Theorie sind: der Gesellschafter, der eine Forderung einbringt, bleibt Gläubiger auch nicht mehr zu seiner Quote, die Trägerschaft geht voll auf die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit über. Die Berechtigung des Einbringenden verliert sich zu einer Mitwirkung an der Bildung des Willens, durch den über den Gegenstand verfügt wird, und einem Recht auf den Wert seines Anteils an der Forderung. Zwischen den Gesellschaftsforderungen und seinen Privatforderungen besteht keine Gegenseitigkeit. Vor allen andern hat die Theorie Gierkes das voraus, daß nach ihr die praktisch brauchbarste

---

[1]) Gen.-Th. S. 462.
[2]) Gen.-Th. S. 519.
[3]) „Ein von keinem Sachkörper mehr abhängiger Vermögensinbegriff rein ideelle Einheit" S. 364.
[4]) Gierke, Ver. d. Rechtsf. S. 27.
[5]) Gen.-Th. S. 366.

Gestaltung der Rechtsverhältnisse beim Ein- und Austritt von Gesellschaftern gleichzeitig die logisch natürlichste ist.

Läßt man den Eintritt und Austritt bei bestehender Gesellschaft überhaupt zu (für den Austritt B.G.B. § 738), so ändert sich nach dieser Theorie an den sachenrechtlichen Verhältnissen der einzelnen Gegenstände formell nichts. Sie stehen ja ungeteilt der Gesamtheit der Gesellschafter zu. Lediglich in deren Zusammensetzung hat ein Wechsel stattgefunden.[1]) Eine Anteilsübertragung ist ausgeschlossen, überhaupt undenkbar. Höchstens käme § 413 in Betracht für die Übertragung des Anteils am ganzen Vermögen. Dagegen findet an den einzelnen Gegenständen ipso iure eine An- oder Abwachsung statt. Die Anteile der Gesellschafter an ihnen, von denen in § 719 Abs. 1 die Rede ist, ergreifen ja die Substanz nicht und sind nicht viel mehr als eine logische Spekulation.

Die von Gierke verfochtene Anschauung, daß die Zuständigkeit der Sachen und Forderungen bei der Verbundenheit der Gesellschafter ruht, die Gesellschafter in ihrer Vereinzelung nur eine Art dinglichen Wertrechts, das aber durchaus nicht von den Anhängern Gierkes als solches erkannt wird,[2]) haben, ist die herrschende. Ihr folgen unter anderen Staub, Behrend, Oertmann, Planck, Schollmeyer.[3])

Keinerlei Abweichungen sind zu bemerken zwischen Gierke und den jüngsten Entsch. des R.G. und der O.L.G., zuletzt R.G. Bd. 56 S. 209 und 432, desgl. Johow, Entsch. des K.G. 24. Aufl. S. 126, Entsch. d. O.L.G. VI, 25.

§ 5.

Kritik der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung.

Im Gegensatz zu dieser Theorie der ungeteilten Mitberechtigung der Gesellschafter ist neuerdings von Joerges, Z. 49 u. 51 und von Nagler, Sächs. Arch. 10, vorher schon von Cosack in seinen Lehrbüchern des Handels- und bürgerlichen Rechts die Ansicht vertreten worden, die einzelnen Gegenstände gehörten den Gesellschaftern nach Bruchteilen. Dem Mangel der Verfügungsmacht über irgend welche Teile entspräche nicht der Mangel einer Teilung des Rechts.[4]) Die Gründe für diese Bekämpfung der herrschenden Meinung werden im wesentlichen der Systematik des B.G.B. entnommen, gleichzeitig meist verbunden mit der Behauptung, Gierke und seine Anhänger trügen eine aprioristisch nach historischen

---

[1]) Ver. o. R. S. 27.

[2]) vgl. Staub 6. u. 7. Aufl. S. 386 Anm. 12, „Eigentum".

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 201 kennt einen Anteil am einzelnen Gegenstand. Dieser Anteil ist aber kein Bruchteil. Im B.G.B. (vgl. §§ 743, 745, 747) wird „Anteil" synonym mit Bruchteil gebraucht. Ein bloßes Forderungsrecht erkennen dem Gesellschafter zu Makower S. 186 und Bunsen, Zeitschr. f. Civ.-Proz. S. 26, 231.

[4]) Joerges konstruiert wieder abweichend hiervon bezüglich der Forderungen für die Ges. d. B.R.; vgl. Lastigs Dispositionsgemeinschaft.

und Zweckmäßigkeitsrücksichten aufgebaute Konstruktion in das Gesetzbuch hinein.

Übereinstimmung mit Gierke besteht insoweit, als die juristische Person abgelehnt wird. Der Stein des Anstoßes ist jenes selbständige Herrschaftsrecht, das Gierke den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zuschreibt und das sich qualitativ unterscheidet von dem Rechte, das er dem einzelnen gibt. Jenes ergreift die Substanz, dieses den Wert. Der Gesellschafter hat lediglich ein Recht auf das, was durch Versilberung des Rechts der substanzberechtigten Gesamtheit erzielt wird. Das Wertrecht hat also Ähnlichkeit mit dem Pfandrecht und steht zwischen der Kategorie der dinglichen und obligatorischen Rechte.

Zunächst sind die Folgerungen zu betrachten, die sich für die subjektive Seite der sachenrechtlichen Rechtsverhältnisse ergeben müssen. Jenes einheitliche „Herrschaftsrecht" der o. H.G., sei es nun, daß es am Vermögensinbegriff als Ganzem oder aber am einzelnen Gegenstand besteht, ist ein Recht, das auf die Gesellschafter in ihrer Vereinzelung nicht radiziert gedacht werden kann, dessen Subjekte also die Gesellschafter nur sind, soweit und weil sie in jener Verbundenheit, jener kollektiven Einheit enthalten sind. Eine Beziehung dieses Rechtes zu ihnen als einzelnen existiert nicht. Dasselbe findet sein Subjekt in der aus der Vielheit entstandenen Einheit.[1]) Daß Träger dieser Rechtsfähigkeit die zur Einheit „verschmolzenen" Gesellschafter sind, daß das, was als Willen dieser Einheit erscheint, nur eine Fernwirkung des Willens der einzelnen Gesellschafter ist, macht das einzelne Recht nicht zu einem irgendwie den einzelnen Gesellschaftern zuständigen Rechte. Wohl ist in der Regel in der Rechtsträgerschaft die Verfügungsbefugnis enthalten, so daß, soweit die letztere nicht durch speziellen Rechtstitel von jener getrennt ist, das Rechtssubjekt auch verfügungsberechtigt ist. Nie aber kann die Rechtsträgerschaft als Teil der Verfügungsbefugnis gelten oder auch nur beide als einander koordiniert angesehen werden. Deshalb ist damit, daß der Wille des Einzelgesellschafters in dem Willen, der die Verfügungen über die Gesellschaftsgegenstände herbeiführt, „irgendwie" enthalten ist, eine „irgendwie" vorhandene Rechtsträgerschaft des Einzelgesellschafters noch nicht begründet. Das Verhältnis des einzelnen zu dem Gesellschaftsgegenstand würde vielmehr dem des Mitgliedes eines mehrköpfigen, nach einem irgendwie bestimmten Modus abstimmenden Körperschaftsvorstandes zu den Körperschaftsgegenständen gleichen, d. h. der Gegenstand wäre für den Gesellschafter ein fremder.

Jenes Zwischengebilde, das als Subjekt eines Rechtes, das dem einzelnen Gesellschafter „weder fremd noch eigen" sein soll, gedacht werden müßte, ist dem bürgerl. Recht unbekannt. Dasselbe kennt deswegen nur „nicht rechtsfähige" Vereine, nicht etwa beschränkt rechtsfähige Vereine, wie die Anhänger von Gierkes Theorie logischerweise diese Gebilde nennen

---

[1]) Diese ist also rechtsfähig; so ausdrücklich Gierke, Arch. für bürgerl. Recht 19 S. 121.

müßten. Das B.G.B. kennt nur voll rechtsfähige Personen. Zwischen physischer und juristischer Person ist zu wählen, ein Drittes gibt es nicht. Juristische Person und Mitglied derselben stehen sich bezüglich der jeden von ihnen zugehörigen Rechtssphäre gegenüber wie Dritte. Nirgends zeigt sich dieser Satz so deutlich als im Strafrecht. Mit den Kategorien „fremd" und „eigen" sind auch die Begriffe Diebstahl und Unterschlagung auf die Beziehungen zwischen Körperschaft und Mitglied anwendbar. Dagegen würde gegen Eigentumsdelikte der offenen Handelsgesellschafter begangen an Sachen der o. H.G. Gierkescher Konstruktion ein strafrechtlicher Schutz nicht gegeben sein, da die zum Vermögen der o. H.G. gehörigen Sachen für den Gesellschafter keine fremden, aber auch nicht seine eigenen sind.[1])

Die Rechtsfähigkeit, die Gierke der o. H.G. zuschreibt, kann nur folgenden Sinn haben: Jenes einheitliche gemeinschaftliche Herrschaftsrecht ist ein Recht der Gesellschaft. Da jenes Recht aber kein fremdes für die Gesellschafter sein soll, so bleibt kein anderer Ausweg übrig, als zu sagen: im Verhältnis zu den Gesellschaftern besteht diese Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht. Sie besteht nur nach außen insofern, als Dritte jenes Recht nicht als ein solches der Gesellschafter, vielmehr als dem Gesellschaftsrechtssubjekt zustehend ansehen müssen. Das Rechtssubjekt löst sich nach innen in das Rechtsverhältnis auf. Nach unserem geltenden Rechte ist aber an dem Satz festzuhalten: Ein Rechtsverhältnis kann nicht Rechtssubjekt sein, d. h. solange im Verhältnis der Gesellschafter untereinander nur ein sie für den Gesellschaftszweck verpflichtendes Band besteht, nicht aber jenes Verhältnis sie zu einem Rechtssubjekt „verschmilzt", das auch ihnen selbständig gegenübersteht, — solange ist auch für die Nichtgesellschafter die Gesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt nicht vorhanden, sondern nur die vielleicht besonders innig verbundenen Einzelgesellschafter. Das aus jenem Verschmelzungsprozeß der Individualsphären hervorgegangene Rechtssubjekt kann nicht Dritten gegenüber ein neues von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, den Gesellschaftern gegenüber aber nur die Gesellschafter selbst d. h. gar kein Rechtssubjekt sein. Entweder das sogenannte Gesellschaftsvermögen steht den Gesellschaftern zu, oder es steht ihnen nicht zu. Nicht aber geht es an, zu konstruieren, Dritten gegenüber steht es ihnen nicht zu, ihnen selbst gegenüber steht es ihnen zu. Rechtsfähigkeit ist etwas Objektives. Jenes Zwischengebilde wäre nichts anderes als die von Gierke verspottete „relative juristische Person".

Die Ergebnisse auf personenrechtlichem Gebiet finden selbst da keine Anhänger, wo das Gierkesche Gesamteigentum anerkannt ist. So z. B. bei Behrend, in Z. 34 S. 281. Nach seiner Ansicht müßte Gierke konsequenterweise zur Annahme einer juristischen Person kommen, und zwar, wie wohl hinzugesetzt werden muß, auch für die Gesellschaft des B.G.B. Denn Behrends Polemik gründet sich im wesentlichen auf die der o. H.G. von Gierke zugeschriebene Rechtsfähigkeit. Zur Annahme

[1]) Gierke selbst, Gen.-Th. S. 519; entgegengesetzt R.G. 18 S. 124.

dieser Rechtsfähigkeit zwingt Gierke vor allem jenes einheitliche Herrschaftsrecht über das Gesellschaftsvermögen, für das ein anderer Träger „als die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit" nicht ausfindig zu machen ist. Mit dem Vorhandensein dieses Herrschaftsrechts auch bei der Gesellschaft des bürgerl. Rechts ist dieser die Rechtsfähigkeit gleichfalls nicht mehr vorzuenthalten, eine Konsequenz, die Gierke übrigens in seinen „Vereinen ohne Rechtsfähigkeit" gezogen hat. Behrends Polemik ist von seinem Standpunkte aus wohl kaum berechtigt. „Unter dem Anteil am Gesellschaftsvermögen, den das Gesetz dem Gesellschafter mehrfach zuschreibt, ist der Betrag des Guthabens zu verstehen, den das Kapitalkonto des Gesellschafters aufweist." [1]) Der Anteil in diesem Sinne wird als ein Anspruch gedacht. „Um Quoten am Gesellschaftsvermögen (d. h. dingliche Rechte) handelt es sich nie." Also um ein Forderungsrecht: Wem gehören nun die einzelnen Gegenstände selbst? Denn es ist offenbar, daß die Summe noch so vieler Forderungen kein einziges dingliches Recht darstellt, daß die Summe einer Menge von Forderungsberechtigten auch nicht einen einzigen an den Gegenständen unmittelbar Berechtigten ergibt. Jene Gegenstände „stehen im Gesamteigentum oder Gesamtrecht der Gesellschaft." Dieses Gesamteigentum der Gesellschafter kann sein Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem gewöhnlichen Eigentum und Miteigentum nur in seiner Beziehung zum Subjekt enthalten. Auch hier ist eine personenrechtliche Frage zu beantworten, ehe an die sachenrechtliche herangegangen wird. Behrend hat also die Gierkesche Konstruktion nur deswegen vermieden, weil er jene Frage unbeantwortet ließ. Die Antwort, die er darauf zu geben weiß, kann folgerichtig nur die Gierkes sein. Denn er ist in bezug auf die objektive Seite des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftsgegenständen und den Gesellschaftern noch einen Schritt weiter gegangen. Er hat nicht den — allerdings kaum haltbaren — Versuch Gierkes gemacht, dem Gesellschafter deswegen, weil sein Wille in dem der Verbundenheit mit enthalten sei, ein quasi-dingliches Recht zuzuschreiben. Der Gesellschafter ist nur forderungsberechtigt, eine Forderung verlangt aber notwendig ein verpflichtetes Subjekt. Das kann nur die Gesellschaft als Ganzes sein, nicht die übrigen Gesellschafter. Denn diese sind ja ebenso wenig dinglich berechtigt, wie der Forderungsberechtigte.

Auch die Art, wie die Beziehungen in der Richtung auf das Objekt vorzustellen sind, entspricht kaum dem Aufbau des Sachenrechts im B.G.B. Als Objekt der Berechtigung des Gesellschafters, soweit diese überhaupt als eine dingliche betrachtet wird, gilt den meisten Anhängern dieser Theorie das Gesellschaftsvermögen als Ganzes. Nach dem B.G.B. steht ihnen allerdings der Wortlaut von § 719 Abs. 1 entgegen, der auch von Anteilen des Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen spricht. Gierke, findet sich mit diesen Anteilen dahin ab, daß er sie sich als Anteile „ohne reellen Inhalt" denkt. Ich kann mir unter diesen Anteilen „ohne reellen Inhalt" nichts vorstellen.

---

[1]) Lehrbuch des H.R. Bd. 1 § 66 S. 470.

Ebensowenig kann die zweite Ausdrucksweise Gierkes „das Anteilsrecht des Gesellschafters ergreife die einzelnen Gegenstände nur mittelbar, durch das Ganze hindurch als dessen Bestandteile“ (Arch. f. bürgerl. Recht S. 124) zu einer klaren Vorstellung führen. Entweder nämlich ergreift jenes Anteilsrecht den Einzelgegenstand überhaupt nicht, dann ist im Vermögen „ein von der Summe seiner jeweiligen Bestandteile verschiedenes Rechtsobjekt“ anerkannt.[1]) Sobald aber jene Anteile sich auf den Einzelgegenstand miterstrecken — mittelbar oder unmittelbar —, dann ist das Vermögen eben in Gegenstandsanteile aufgelöst und immer nur gleich der Summe desselben. Das hindert nicht, daß es als Einheit behandelt wird. Gierke umschreibt in seinen beiden Formulierungen nur das Nichtvorhandensein solcher Anteile. Dagegen wird durch Annahme ihres Vorhandenseins nicht, wie er meint,[2]) jener Anteil am Gesellschaftsvermögen hinweggedeutet. Derselbe ist gleich der Summe der Gegenstandsanteile, für die eine Kollektivbezeichnung durchaus nicht ungewöhnlich und unstatthaft ist. Die Vorstellung, „daß ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen eine selbständige unkörperliche Sacheinheit bilden könne, welche als solche zum Gegenstande besonderer rechtlicher Beziehungen geeignet werde,“[3]) dürfte dem B.G.B. überhaupt fremd sein (Windscheid-Kipp I S. 607).[4]) Die Wirkung der Zusammenfassung einer Anzahl von Sachen und Rechten zu einem Vermögensinbegriff dürfte sich in dem Surrogationsprinzip und in der Verknüpfung der das Vermögen belastenden Schulden mit diesem erschöpfen. § 311 B.G.B. betrifft nur den obligatorischen Vertrag. Dagegen setzt § 1085 ausdrücklich fest, daß bei Bestellung des Nießbrauchs die einzelnen besonderen (dinglichen) Übertragungsakte vorgenommen werden müssen. Ausnahmen von dem Erfordernis der Vornahme der besonderen Uebertragungshandlungen finden wir im Erbrecht, Familienrecht und, wie unten näher darzulegen ist, im Gesellschaftsrecht. Aber die Möglichkeit einer einheitlichen Verfügung über das Ganze zwingt noch nicht zur Annahme eines den Rechten an den einzelnen Gegenständen gegenüber verselbständigten, einheitlichen Rechts an demselben. In der Zulassung eines einheitlichen Übertragungsaktes ist lediglich eine zugunsten gewisser besonders inniger persönlicher Beziehungen zwischen dem Üertragenden und dem Übernehmenden getroffene Erleichterung gegenüber den sonstigen Übertragungsformen zu sehen. Auch spricht § 48 G.B.O. gegen jene Auffassung. Er geht offenbar davon aus, daß jedes Recht, das ein Grundstück ergreift, dieses als solches in seiner Individualität ergreift, nicht aber bloß, soweit es Gegenstand eines Vermögensganzen ist.

Von sachenrechtlichen Gesichtspunkten aus ist gegen die Gierkesche Auffassung auch ferner einzuwenden, daß sie das sog. Eigentum zur gegesamten Hand aus der sonstigen Systematik des Miteigentums im bürgerl. Recht herausreißt, ihm eine vollständige Ausnahmestellung zuweist. Dieses

---

[1]) Dagegen auch Kohler, Arch. f. civ. Prax. 91 S. 185, 86.
[2]) Arch. f. bürgerl. R. S. 124.
[3]) Gierke bei Bekker und Fischer S. 118.
[4]) Dazu Joerges Z. 49 S. 178—184.

Ergebnis ist praktisch recht wenig wünschenswert. Die bloße Rechtsgemeinschaft, in der dem einzelnen nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift Miteigentum nach Bruchteilen zusteht, und die Gesellschaft sind im täglichen Leben oft schwer auseinanderzuhalten und gehen häufig, die eine in die andere, fast unmerklich über.[1]) Gierkes Gesamthandeigentum entzieht dem Gesellschafter das Sondereigentum gerade im Gegensatz zur Gemeinschaft völlig. Mögen also die tatsächlichen Vorgänge, durch welche eine Gemeinschaft zur Gesellschaft wird, und umgekehrt, wenig oder gar nicht in die Augen fallen, so knüpft sich an sie nach Gierke gleichwohl jene starke Einwirkung auf die Zuständigkeitsverhältnisse.

Aus der im vorstehenden abgelehnten Gierkeschen Ansicht bezüglich der Forderungen würde folgen, daß Gläubiger der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderungen die Gesellschaft selbst und allein wäre. Der Ausdruck „Eigentum zur gesamten Hand" läßt aber noch eine andere Gestaltung der Subjektsseite zu, die namentlich bezüglich der Zuständigkeit der Forderungen nicht unannehmbar erscheint. Es kann nämlich jeder einzelne Gesellschafter Gläubiger der ganzen Gesellschaftsforderung und lediglich in der Ausübung seines Rechtes beschränkt sein. Hierzu ist zu bemerken, daß beim Forderungsrecht die Ausübungsbefugnis viel wesentlicher ist als beim Sachenrecht, daß aber ein Verfügungsrecht des Gesellschafters kraft seines eigenen Gläubigerrechts während der Dauer der Gesellschaft nie bestehen würde, nach der Auflösung derselben aber auch nur dann, wenn ihm die Forderung zugewiesen wäre. Dieses Gläubigerrecht wäre also eine sehr papierene Größe. Auch würde bei jeder Forderung lediglich dadurch, daß sie in das Gesellschaftsvermögen kommt, eine Vervielfältigung der berechtigten Gläubiger eintreten, ein Vorgang, der ohne Zuziehung des Schuldners kaum unbedenklich ist. Noch gewichtigere Gegengründe kämen in Betracht, sobald dieses Prinzip wie auf Forderungen auch auf die Sachen angewendet würde. Eine solche Erstreckung würde sich aber kaum umgehen lassen, man müßte denn auf einheitliche theoretische Behandlung des Gesellschaftsvermögens verzichten. Ein condominium plurium in solidum ist — das ergibt sich aus dem Begriff des Eigentums überhaupt, nicht nur des B.G.B. — unmöglich. Denn das Eigentum wird im Gegensatz zu den „beschränkten dinglichen Rechten" gekennzeichnet durch das ihm innewohnende Bestreben, unbeschränkt zu sein: So läßt auch § 903 nur Beschränkungen durch das Gesetz (in öffentlichem Interesse) oder durch Rechte Dritter (Nichteigentümer) zu. Unter keinen von beiden Kategorien ließe sich aber ein condominium in solidum unterbringen.

Gierke selbst schreibt den einzelnen Gesellschaftern — sehen wir von der oben erörterten Mitwirkung bei Bildung des Verfügungswillens ab — weder ein bloßes Forderungsrecht, noch ein condominium in solidum zu, vielmehr ein Recht, das in der Mitte zwischen Forderungs- und dinglichem Recht steht, ein Wertrecht. Jedoch ist dieser Name, in

[1]) Beispiele s. bei Joerges, Z. 51 S. 57.

dem Sinn, den Kohler ihm gibt, nur dann gerechtfertigt, wenn man annimmt, daß Gierkes Konstruktion der Subjektseite der o. H.G. zu der Aufstellung einer juristischen Person führen muß. „Das Wertrecht geht darauf aus, der Sache einen Wert, einen Vermögensbetrag zu entnehmen; nicht die Sache an sich, sondern die Sache kraft ihrer Werteigenschaft soll in Betracht kommen."[1]) Will man aber die Gesellschafter auf ein bloßes Wertrecht beschränken, so kann, da die Gesellschafter nicht substanzberechtigt sind, Träger dieses Rechts nur eine von den Gesellschaftern verschiedene juristische Person sein. „Diese gibt allein dem Rechte den Halt, sie verficht und verteidigt allein die Sache nach außen." „Die Gesamtheit der Wertberechtigten aber macht niemals einen Substanzberechtigten."

Gegen die Gierkesche Konstruktion der Schuldenhaftung ist einzuwenden, daß er die Gesamtschuld den Sonderschulden gegenüber zu stark verselbständigt, so daß letztere beinahe als accessorium der ersteren erscheinen. Namentlich ist in dieser Hinsicht die Analogie, nach der das Verhältnis zwischen Gesamt- und Sonderschuld, dem mehrerer Korrealschuldner untereinander gleichen sollen, bedenklich, wenn auch nicht falsch, da ja nur die Rechtsfigur der Analogie herangezogen wird.

§ 6.

Die Theorie der geteilten Mitberechtigung.

Aus der vorangeschickten Kritik der anderen Theorien ergeben sich die Grundsätze des hier vertretenen, nunmehr positiv wiederzugebenden Aufbaus des Gesellschaftsvermögens von selbst.

Träger desselben sind die Gesellschafter, nicht eine juristische Person, nicht ein Zwischending, das nach außen eine Einheit, nach innen eine Vielheit ist. Dem Gesellschafter steht zu das Vermögen als Ganzes, sowie jeder dazu gehörige Gegenstand. Der einzelne Gesellschafter hat einen Anteil am Vermögensinbegriff, sowie jedem einzelnen Gegenstand.[2]) Er ist substanzberechtigt. Daß der einzelne Gesellschafter bei der Auseinandersetzung nur den Wert seines Anteils am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen Gegenständen verlangen kann, rechtfertigt den Schluß, sein Mitrecht bestehe überhaupt nur in einem Wertanteil, noch nicht. Denn die gleiche Abspeisung mit einem Anspruche auf den Wert seines Anteils muß sich auch der Miteigentümer einer unteilbaren Sache gefallen lassen (B.G.B. § 753).

Vom Miteigentum der Gemeinschaft unterscheidet sich das Miteigentum zur gesamten Hand durch die Bindung der Verfügungsbefugnis. Diese Beschränkung ist eine Folge des Gesellschaftsvertrages. Aus diesem und dem Zwecke, für den er abgeschlossen wurde, ergibt sich, daß alles, was für den Betrieb des Handelsgewerbes eingebracht

---

[1]) Arch. f. civ. Prax. 91 S. 156.

[2]) Für die Gesellschaft des B.G.B. schließt sich dieser Auffassung wohl an: Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2,2 S. 546 Anm. 4.

wird, und alles, was in diesem Betriebe erworben wird, der „Handlung“ dauernd gewidmet sein soll. Daher darf der Einzelgesellschafter nur als sog. firmierender Gesellschafter über die Gegenstände des Sondervermögens verfügen, d. h. nur wenn er zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist und in dieser Eigenschaft im Rechtsverkehr auftritt (vgl. allerdings für die o. H.G. § 125 Abs. 1). Das Eigentümliche dieser Verfügungsbeschränkung ist, daß sie nicht nur im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander, vielmehr auch mit Wirkung gegen Dritte besteht. Dieser „Ausschluß der Einzelverfügung“ läßt sich nicht aus Grundsätzen des Sachenrechts herleiten. Dies würde nur dann zulässig sein, wenn nach dem B.G.B. der einzelne beim Miteigentum als solchem nicht über seinen Anteil verfügen könnte. Auch auf obligationenrechtliche Gesichtspunkte läßt sich die Beschränkung des einzelnen nicht zurückführen. „Denn durch ein Schuldverhältnis kann immer nur ein ‚Nicht-dürfen‘, niemals aber ein ‚Nicht-können‘ begründet werden.“[1]) Wir können uns die vorliegende Erscheinung nur dadurch erklären, daß wir ein besonderes personenrechtliches Band annehmen, welches mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter umschließt, welches ihren Willen aneinander bindet, so daß sie hinfort nur noch gemeinsam über ihr gemeinschaftliches Vermögen verfügen können.“ Damit ist den §§ 719, 717, 735 Abs. 2 B.G.B. eine Wirkung beigemessen, welche dieselben aus dem Rahmen des Obligationenrechts heraushebt. Sie stehen ihrem innern Wesen nach den Normen nahe, welche die eheliche Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft regeln. Das diesen Verhältnissen gemeinsame Element, das als personenrechtlich zu bezeichnen man sich allmählich gewöhnt, ist aber nur sehr vorsichtig zu gebrauchen. Namentlich (s. oben) war entgegenzutreten der übermäßigen Steigerung dieser personenrechtlichen Verknüpfung, so daß schließlich den Gesellschaftern als Einheit ein Recht (das Substanzrecht) zustehen soll, das sich auf sie als einzelne nicht einmal rechnerisch verteilen läßt. Zu lose schlingt andrerseits Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10 S. 725, dieses Band, wenn er meint, jene personenrechtliche Verfügungsbeschränkung wäre nur zugunsten der Gesellschafter da, also § 135 B.G.B. anwendbar, wonach eine unbefugte Verfügung durch Zustimmung der anderen Gesellschafter konvaleszieren könnte. Das heißt, das Gesellschaftsverhältnis zu sehr vom Standpunkte der Teilnehmer an demselben betrachten und übersehen, daß die o. H.G. durch den Grundsatz des § 719 allerdings überhaupt erst lebensfähig gemacht, wenn sie einmal in den Verkehr getreten ist, nunmehr als vom Recht normierte Vereinigungsform nicht mehr allein den Gesellschafterinteressen dienstbar sein soll. „Gesellschaftszweck“ im Sinne der Rechtsordnung kann nicht bloß der sein, den Gesellschaftern durch den Zusammenschluß eine vorteilhaftere Nutzbarmachung der Einzelkräfte zu ermöglichen, sondern auch das neue Rechtsgebilde als wohl funktionierendes Glied in den Rechtsverkehr einzuschalten. Vor allen gilt es, Streitigkeiten der Gesellschafter untereinander nach Möglichkeit von

---

[1]) Knoke, Arch. f. bürgerl. Recht XX S. 177.

vornherein zu ersticken („societas mater rixarum“). Auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist § 719 gegeben. Den Privatgläubigern der Gesellschafter wird der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen entzogen (vgl. Abs. 2). § 719 ist der Kern der Bestimmungen, welche die Abgeschlossenheit des Gesellschaftsvermögens schaffen. Er ist immer im Zusammenhange mit diesen zu betrachten. Stellt man aber z. B. § 124 Abs. 2 H.G.B. neben ihn, so wird es noch deutlicher, daß § 719 auch zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gegeben ist. Es ist deshalb richtiger, § 719 im Sinne eines absoluten Verfügungsverbots zu verstehen. Was für Verhältnisse könnten beim Wechsel der Mitglieder und der damit verbundenen An- und Abwachsung sich ergeben, wollte man z. B. die dingliche Belastung eines Gesellschafteranteils mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulassen! Aber auch die Veräußerung eines Anteils ist selbst bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter unzulässig.[1]) Es würde auch dadurch nicht das erreicht werden, was eigentlich eintreten sollte, nämlich daß der veräußernde Gesellschafter nunmehr am Gegenstand nicht mehr mitberechtigt wäre. Es fände vielmehr am Restgegenstand eine Neuordnung der Miteigentumsanteile statt. Auch dem Veräußerer würde wieder ein solcher zuteil werden.

Auch nach der hier vertretenen Theorie „der geteilten Mitberechtigung“ ist das Institut der An- und Abwachsung ohne künstliche Umwege zu erklären. Die Anwachsung des Anteils an die Anteile der anderen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Größe ohne besondere Übertragung ergibt sich aus der Widmung desselben für den Gesellschaftszweck. Diesem dient er nach dem Austritt seines Subjekts auch weiterhin nur, wenn er den übrigen Gesellschaftern zugewiesen wird. Andrerseits bleibt die Gesellschaft auch bei Eintritt eines neuen Gesellschafters die alte. Sie wird nicht aufgelöst und an ihrer Stelle eine neue gegründet. Das ergibt sich zunächst aus dem Willen der Partei, dem allerdings die Wirkung zu versagen wäre, wenn die Gesellschaft des heutigen gemeinen Rechts eine bloße obligatio nach Art der römischen Sozietät wäre. Das B.G.B. dagegen läßt die Gesellschaft den Wechsel der Mitglieder überdauern, wenn auch die einzelnen aus der Gesellschaft ausscheiden. Zudem verlangt der Zweck der Gesellschaft gebieterisch ein Weiterbestehen der alten Gesellschaft. Dieser Zweck wird ja vom Gesetz auch sonst in ausgiebiger Weise berücksichtigt. Läßt man einmal die Fortdauer der alten Gesellschaft zu, so muß man auch annehmen, daß auf den Eintretenden ein Miteigentumsanteil lediglich mit der Tatsache seines Eintritts übergeht und den Anteilen der anderen Gesellschafter abwächst. Andernfalls läge nur etwa die Begründung eines Verhältnisses nach Art einer stillen Gesellschaft vor.[2]) Es ist also § 738 analog anzuwenden. Das Ergebnis dieses Verfahrens ist dann auch, daß § 130 H.G.B. auf ganz ungezwungene

---

[1]) A. A. Cosack, Handelsrecht S. 494 i. f.

[2]) Näheres bei Gierke, Ver. ohne Rechtsfähigkeit S. 27.

Weise ausgelegt werden kann. Es gehen also Rechte wie Schulden anteilsmäßig auf den Neueintretenden über.

Für die im Betriebe der H.G. entstehenden Schulden würden die offenen Handelsgesellschafter, sei es, daß sie alle insgesamt oder durch einen Vertreter aufgetreten sind — nach § 427 B.G.B. allerdings nur „im Zweifel" —, und nach § 431 B.G.B. bei vertragsmäßigen Verpflichtungen sowie bei solchen zu unteilbaren Leistungen als Gesamtschuldner haften, ebenso bei gemeinsam begangenen unerlaubten Handlungen gemäß § 833 oder, wenn diese im Geschäftsbetriebe von einem Gesellschafter im Bereiche seiner Vertretungsmacht begangen wären, nach § 831. Die für diese Fälle schon allgemeinen Grundsätzen entsprechende persönliche und unmittelbare Haftung dehnt § 128 H.G.B. auf sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus. Die ratio legis ist: die Kreditfähigkeit der o. H.G. soll gesteigert und einfache, durchsichtige Verhältnisse, wie sie bei einem Verkehrsinstitut Bedingung für ein gedeihliches Wirken sind, geschaffen werden. Wenn man will, kann man mit Cosack (Handelsrecht S. 496) in dieser Erweiterung „ein eigenes selbständiges Rechtsprinzip" sehen. Jedoch darf deshalb die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen nicht als accessorium der Haftung des Gesellschaftsvermögens angesehen werden. Die Gesellschaft steht auch nicht als Gesamtschuldnerin neben den Gesellschaftern. Vielmehr haften die Gesellschafter korreal nebeneinander mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen wie mit ihrem Privatvermögen. Die Klage gegen die o. H.G. unter ihrer Firma ist also immer zugleich eine Klage gegen die Gesellschafter.[1]) Eine Umänderung derselben auf die Namen der Gesellschafter ist nur deshalb nach der Ansicht der meisten unzulässig, weil das Exekutionsobjekt verschieden ist. Der gleichzeitigen Erhebung verschiedener Klagen gegen die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter dürfte die exceptio litis pendentis entgegenstehen.[2])

Es ist nun noch der Maßstab der Berechtigung der Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen, die Größe ihres Anteils an denselben festzustellen. Zunächst kann natürlich die Mitberechtigung vertragsmäßig festgelegt sein. Das wird häufig nicht der Fall sein. Dann ist der Maßstab anzuwenden, welcher den Verhältnissen am meisten entspricht und gleichzeitig ein nicht zu erhebliches Schwanken aufweist. Es ist das eine Art Auslegungsregel von der Art, wie sie sich namentlich im Erbrecht häufig finden. Ein solcher Maßstab ist von praktischer Bedeutung z. B. bei der Auflassung eines Grundstücks von einem Gesellschafter an die Gesellschaft. Ist nach dem aufgefundenen Maßstab der Gesellschafter z. B. zu $^1/_5$ mitberechtigt, so wird nur für die übrigen $^4/_5$ die Stempelsteuer zu zahlen sein. Grundverschieden voneinander sind notwendigerweise Kapitalkonto und Anteil. Denn jener kann unter Null herabsinken und negativ werden.

---

[1]) vgl. R.G. 34 S. 365; a. A. z. B. Goldmann, Komment. z. H.G.B. § 128 Ziff. 20.

[2]) R.G. 49 S. 343.

Er eignet sich zudem wegen seiner fortwährenden starken Veränderlichkeit wenig dazu, den Maßstab für die Berechnung eines dinglichen Rechts abzugeben. Denn die dinglichen Rechte sind die „Rechte der Ruhe" im Gegensatze zu den obligatorischen. Das Verhältnis des Kapitalkontos zum Wert des Gesellschaftsvermögens sehen Laband und Gierke als maßgebend für die Anteilsberechtigung an. Doch beide verstehen unter Anteil am Gesellschaftsvermögen etwas durchaus Verschiedenes, Laband die Miteigentumsquote, Gierke das „Wertrecht".[1]) Labands Auffassung kann deshalb nicht gebilligt werden, weil unter Umständen dann das Vermögen der Gesellschaft einem einzigen Gesellschafter zustehen könnte, wenn nämlich das Kapitalkonto der andern negativ oder gleich null wäre. Da für unser Thema nur die Miteigentumsanteile in Betracht kommen, ist eine Kritik der Wertrechtsanteile Gierkes überflüssig. Die Aufstellungen Adlers[2]) sind als auf irrigen Voraussetzungen beruhend erkannt[3]) und haben Nachfolge nicht gefunden. Sein Ausgangspunkt, daß bei Mangel von Gesellschaftsaktiven der Anteil eines Gesellschafters notwendig ein passiver ist, ist unrichtig. Nagler a. a. O. 723 will die Miteigentumsanteile stets gleich sein lassen; ein Vorschlag, dem man es stark anmerkt, daß er nur ein Ausweg ist. Anspruch darauf, dem Erfordernis einer quotenmäßigen Aufteilung des Miteigentums, die wie oben dargelegt, nach den Vorschriften und der Systematik des B.G.B. nicht zu umgehen ist, in einer dem Wesen der o. H.G. wirklich entsprechenden Weise zu genügen, kann nur die Verteilung nach der Beteiligung am Gewinne machen. Denn die Erzielung von Gewinn ist der wirtschaftliche Zweck der o. H.G. Auch kann hierfür die Analogie der §§ 733, 734 B.G.B. herangezogen werden, welche bestimmen, daß nach Befriedigung der Gläubiger und Rückzahlung der Einlagen der Überschuß nach der Beteiligung am Gewinne den Gesellschaftern zufällt. Auch bei der o. H.G. wird eine gesunde Auffassung dahin gehen, nur in dem, was über die Einlagen (und die sogen. Prioritätsdividende des § 121) hinaus sich im Vermögen der Gesellschaft befindet, ein wirkliches Aktivum des Gesellschaftsvermögens zu sehen und nach den Anteilen der Gesellschafter hieran die Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen überhaupt bemessen. Denn den Einlagen steht ja die Forderung auf Rückgabe derselben bezw. ihres Wertes gegenüber.[4])

---

[1]) Staub 5. Aufl. Art. 106 § 3.

[2]) Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts.

[3]) Staub 5. Aufl. Art. 91 § 6.

[4]) vgl. hierzu Joerges Bd. 51 S. 68—73; Lehmann-Ring S. 220; Cosack, H.R. S. 494.

Spezieller Teil.

Die einzelnen Aufrechnungsfälle.

§ 7.

Einleitung.

Die rein theoretisch im vorstehenden gewonnenen Ergebnisse in ihrer praktischen Verwertung zu zeigen, eignet sich am besten die Lehre von der Aufrechnung im Rechte der o. H.G. Die Untersuchung, ob die Erfordernisse der Aufrechenbarkeit von Forderungen (B.G.B. §§ 387 ff.), Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Freiheit von Aufrechnungsverboten und Fälligkeit vorhanden sind, muß zu einer verschiedenen Beurteilung führen je nach der über das Wesen der o. H.G. zugrunde gelegten Anschauung.

Der einzelne Gesellschafter kann einerseits derjenige sein, welcher aufrechnet, anderseits derjenige, welchem gegenüber aufgerechnet wird.

Die Forderungen, die dem Mitgliede einer o. H.G. zustehen können, lassen sich bei Erörterung der einzelnen Aufrechnungsfälle zweckmäßig in drei Klassen gliedern:

Forderungen an einen Dritten (Nichtgesellschafter), an die Gesellschaft, an einen Mitgesellschafter.

In gleicher Weise sind die Forderungen, die gegen das Mitglied einer o. H.G. bestehen können, zu ordnen.

Zu unterscheiden sind ferner Privatforderungen und -Schulden des Gesellschafters und Gesellschaftsforderungen und -Schulden. Privatgläubiger und -Schuldner des Gesellschafters sind solche Personen, zu denen er unabhängig von seiner Stellung als Gesellschafter in obligatorischen Beziehungen steht. Gesellschaftsforderungen sind die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderungen. Sie können herrühren aus Verträgen, die von den Gesellschaftsvertretern für die Firma abgeschlossen worden sind aus Ersatzansprüchen wegen unerlaubter Handlungen usw.; sie können auch von den Gesellschaftern eingebracht sein.

Gesellschaftsschulden sind die das Gesellschaftsvermögen belastenden Schulden. Ihre Entstehungsursache sind Verträge, die den obigen Bedingungen entsprechen, ungerechtfertigte Bereicherung des Gesellschaftsvermögens usw. Wird die o. H.G. durch den Eintritt eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns gebildet, so sind Gesellschaftsschulden auch alle „im Betriebe des Geschäfts" entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers (§ 28 B.G.B.). Die im Betriebe begründeten Forderungen gelten als Gesellschaftsforderungen. Jene Schulden stehen also auch bei abweichender Vereinbarung unter den Gesellschaftern den Gesellschaftsschulden gleich, es sei denn, daß die Vereinbarung im Handelsregister

eingetragen oder den Gläubigern mitgeteilt ist. Das gleiche gilt für die Forderungen des übernommenen Geschäfts „den Schuldnern gegenüber" d. h. auch sie stehen bezüglich der Aufrechnungsmöglichkeit, wo es sich immer um das Verhältnis zum Schuldner handelt, den Gesellschaftsforderungen gleich.

A. Aufrechnung bei den Rechtsbeziehungen zwischen einem Gesellschafter und einem Dritten.

§ 8.

Welche Forderungen kann ein Gesellschafter einem Dritten (Nichtgesellschafter) gegenüber zur Aufrechnung bringen?

a) Die Schuld des Gesellschafters an den Dritten ist eine Privatschuld.

1. Der Gesellschafter kann aufrechnen mit einer Privatforderung, die ihm gegen den Dritten zusteht. Die Aufrechnung mit einer Forderung aus einem früheren Geschäftsbetriebe ist, wenn die Voraussetzungen des § 28 H.G.B. gegeben sind, ebenso zu beurteilen, wie die Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung.

2. Eine Gesellschaftsforderung kann der Gesellschafter in ihrem vollen Betrage nicht aufrechnen, da sie nur für die dem Gesellschafter zustehende Quote zu der Privatschuld im Verhältnis der Gegenseitigkeit steht. Auch diese Quote ist nicht aufrechenbar, da die Aufrechnung eine Verfügung ist, dem Gesellschafter aber bezüglich seines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderungsanteils vom Gesetz die Verfügungsbefugnis mit Wirkung gegen Dritte entzogen ist (719 Abs. 1 B.G.B.).

Kann die Verfügungsbeschränkung durch Zustimmung der übrigen Gesellschafter beseitigt werden? Da § 719 B.G.B. als ein absolutes Verfügungsverbot (s. oben S. 25/26 im Sinne des § 134 B.G.B. angesehen werden muß, so ist die Zustimmung der Gesellschafter nicht geeignet, es zu beseitigen. Vom Standpunkte Naglers aus dagegen ist eine Aufrechnung mit dem Forderungsanteil zulässig, falls die Gesellschafter ihr zustimmen. Haben die übrigen Gesellschafter, was das Gewöhnliche sein wird, der Aufrechnung mit der ganzen Forderung zugestimmt, so erscheint es zweifelhaft, ob, da die Willenserklärung nur bezüglich der Quote des Aufrechnenden den gewollten Erfolg herbeiführen könnte, die Gesellschafter auch dieser Teilaufrechnung haben zustimmen wollen. Ich würde mich im Zweifel für die Verneinung entscheiden mit Rücksicht darauf,

daß ein Ausscheiden des Aufrechnenden aus der Gläubigerschaft der Restforderung nicht erfolgt, ihm vielmehr nunmehr an dieser ein seiner Beteiligung am Gewinn entsprechender Anteil zusteht. Das folgt aus der Zugehörigkeit der Restforderung zu dem Gesellschaftsvermögen.

Eine andere Frage ist die, ob nicht in der Zustimmung zur Aufrechnung eine Zession zu sehen ist. Das ist schon für das gemeine Recht behauptet worden (z. B. Dernburg, Kompensation S. 378); es gilt sicherlich für das neue Recht. Die Zession ist formlos. Man deutet in das, was zwischen dem die Aufrechnung wünschenden und den zustimmenden Gesellschaftern vorgeht, nichts hinein, wenn man hierin einen Abtretungsvertrag erblickt. Eine Forderung jemand zur Aufrechnung überlassen, also zu einem Gebrauche, der regelmäßig die Tilgung dieser Forderung zur Folge hat, heißt sich der Forderung entäußern.[1]) Der Entäußerungswille geht bei der Überlassung zur Aufrechnung weiter, als bei der Überlassung einer Sache zum Verkaufe. Das ergibt der Zweck beider Maßnahmen. Hier entäußert sich der Eigentümer der Sache, damit der Dritte sie erwerbe. Dort ist der nächste Zweck des Überlassenden nicht die Befriedigung des Dritten, sondern die Befreiung des Aufrechnenden von seiner Schuld. Dort ist gewollt Übereignung an den Dritten, hier Gebrauchmachen des Aufrechnenden von der Forderung. Da dieses Gebrauchmachen, wenn es den gewünschten Erfolg hat, zur Tilgung der Forderung führt, ist natürlicher Auffassung nach in der Überlassung dazu eine bedingte Zession zu sehen. Unrichtig ist auch die Behauptung der angeführten Reichsgerichtsentscheidung, in der Überlassung zur Aufrechnung liege ebensowenig eine Zession wie in der Anweisung. Bei dieser soll der Anweisungsempfänger nur zur Empfangnahme einer freiwilligen Leistung des Schuldners ermächtigt werden. Bei jener soll es ihm ermöglicht werden, sich die Befriedigung auch ohne den Willen des Schuldners durch einseitige Erklärung zu verschaffen. Es soll ihm also auch ein Recht gegen den Schuldner gegeben werden. Daß er dieses Recht in eigenem Namen gebrauchen soll und in einer solchen Weise, daß die Forderung event. erlischt, stellt in bezug auf das Willensmoment die Übertragung jenes Rechts der bedingten Abtretung der Forderung gleich (dies gegen R.G. X S. 47 ff.).

Aber juristisch bleibt doch der Umstand erheblich, daß die Forderungsanteile der übrigen Gesellschafter zediert sind, und nicht etwa die ganze Forderung von vornherein dem Aufrechnenden zugestanden hat und nur von ihrer Gebundenheit für den Gesellschaftszweck befreit ist. Es findet also auf die ehemaligen Quoten der Mitgesellschafter § 55 K.O. Anwendung.

Kann nicht wenigstens der firmierende Gesellschafter mit einer Gesellschaftsordnung aufrechnen? Zur Bejahung dieser Frage könnte die Dritten gegenüber unbeschränkbare Vollmacht desselben verleiten. Eine

[1]) A. A. R.G. X S. 47; O.L.G. VI S. 25; Staub 6. Aufl. Exkurs zu § 129 Anm. 7 u. 9.

solche Aufrechnung wäre aber ein aus zwei Verfügungen zusammengesetzter Akt. Um nämlich zwischen Gesellschaftsforderung und Privatschuld die Gegenseitigkeit herzustellen, müßte sich der Gesellschafter zunächst die Gesellschaftsforderung überweisen. Erst dann könnte er aufrechnen. In der Überweisung läge ein Kontrahieren mit sich selbst. Ein solches Rechtsgeschäft ist nichtig, es sei denn der Abschluß desselben ausnahmsweise gestattet oder dasselbe bestehe in der Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 185 B.G.B.). Richtiger Ansicht nach darf die Gestattung auch stillschweigend erfolgen. Kaum aber wird man in unserem Falle soweit gehen, eine stillschweigende Gestattung anzunehmen. Im Gegenteil wird bei den übrigen Gesellschaftern der Wille vorauszusetzen sein, derartige Geschäfte stärker zu beaufsichtigen als andere. Dagegen kann ich mich nicht der herrschenden Meinung (Planck, Cosack, Staub, Riezler bei Staudinger) anschließen, die ein ohne vorherige Zustimmung vorgenommenes Selbstkontrahieren für nichtig hält.[1])

Die mangelnde Gestattung des Selbstkontrahierens ist ebenso zu behandeln, wie der Mangel der Vertretungsmacht. Die Gültigkeit des Überweisungsvertrages und damit auch die Zulässigkeit der Aufrechnung hinge dann also von der Genehmigung der Gesellschafter ab. Darin wäre aber keine echte Bedingung der Gültigkeit, keine bloße condicio iuris zu sehen. Deshalb wäre die Aufrechnung, die nach § 388 Abs. 2 unbedingt zu erfolgen hat, unzulässig.

Dagegen ist Aufrechnung mit Zustimmung des Privatgläubigers, d. h. im Wege des Vertrages, zulässig. Denn der vertretungsbefugte Gesellschafter hat über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens das unbeschränkte Verfügungsrecht. Er kann seine Verfügungsmacht auch mißbrauchen für seine eigenen Interessen wie für die Dritter, ohne daß dadurch die Nichtigkeit der Verfügung herbeigeführt wird. Ausgenommen ist der Fall der Kollusion. Er liegt vor, wenn der Gesellschafter absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft — nicht schon dann, wenn er im eigenen Interesse — handelt und der Dritte darum weiß. Liegt dagegen Kollusion nicht vor, so schließt, juristisch betrachtet, die Gesellschaft, vertreten durch den firmierenden Gesellschafter, mit dessen Privatgläubiger einen Vertrag ab, es solle ihre Forderung gegen die Privatschuld ihres Mitgliedes aufgerechnet werden.

3. Kann der Gesellschafter mit einer Mitgesellschafterforderung gegen eine Privatschuld aufrechnen? Nein.

b) Welche Forderungen kann der Gesellschafter gegen eine „Gesellschaftsschuld" aufrechnen?

Für die Gesellschaftsschulden haftet der Gesellschafter nach § 128 H.G.B. persönlich unbeschränkt und unmittelbar.

1. Eine Privatforderung gegen den Gesellschaftsgläubiger ist aufrechenbar, weil der Gesellschafter nicht als Korrealschuldner neben der Gesellschaft steht, seine Haftung für die Gesellschaftsschulden vielmehr eine

---

[1]) vgl. Enneccerus, Dernburg, Hölder.

Haftung für eigene Schulden ist, nur mit der Maßgabe, daß der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger nicht bloß auf das den Gesellschaftern ja mitgehörende Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, sich vielmehr auch auf das Privatvermögen erstreckt.

2. Auf eine zur Aufrechnung geeignete Gesellschaftsforderung kann der Gesellschafter eine Einrede im Sinne des B.G.B. (Recht, die Leistung zu verweigern) gründen (§ 129 Abs. 3 H.G.B.). Auf die von der Gesellschaft gegen die eingeklagte Schuld bereits vollzogene Aufrechnung kann er sich berufen mit der Behauptung, daß die Schuld getilgt sei. Ist über die Gesellschaftsforderung, auf welcher der Gesellschafter die Einrede des § 129 Abs. 3 gründen will, ein Prozeß anhängig, so besteht für den Gesellschaftsgläubiger immer noch die Möglichkeit, gegen die bestrittene Forderung aufzurechnen. Er kann nämlich im Prozesse

a) die Forderung bestreiten, oder Einreden vorbringen;

b) für den Fall aber, daß weder sein Bestreiten noch seine Einreden sich als gerechtfertigt erweisen, mit seiner Forderung aufrechnen (zulässige Eventualaufrechnung).

Dem Gesellschafter steht also die Einrede aus § 129 III ebenfalls mindestens noch so lange zu, als der Prozeß noch schwebt. Dasselbe gilt auch, wenn der Streit gerade die Fälligkeit (§ 129 Abs. 3) der Gesellschaftsforderung betrifft.

Die Gesellschaft kann dem Gesellschafter die Forderung zedieren. Über die Selbstüberweisung würde das oben Gesagte gelten. Jedoch kann der Firmierende einfach im Namen der Gesellschaft die Aufrechnung gegen die Gesellschaftsschuld vollziehen und mit der Schuld die aus ihr entspringende Haftung des Privatvermögens beseitigen. Hat der Gesellschaftsgläubiger gegen den Firmierenden aus der Privathaftung geklagt, so gestaltet sich der Vorgang folgendermaßen: Der Firmierende rechnet außerhalb oder während des Prozesses auf und gründet auf diese Tatsache die prozessuale Einrede, die Gesellschaft habe gegen diese Forderung aufgerechnet.

Ist der Gesellschafter Mitglied zweier offener Handelsgesellschaften, die aus denselben Personen bestehen, so kann er, wenn von ihm die Bezahlung der Schuld der einen Gesellschaft verlangt wird, sich nicht einredeweise (§ 129 Abs. 3) auf die der anderen Gesellschaft zustehende Forderung berufen.[1] Hier wäre allerdings bezüglich der ganzen Forderung möglicherweise — wenn nämlich jeder Gesellschafter bei jeder von beiden Gesellschaften zu derselben Quote mitberechtigt ist — Gegenseitigkeit vorhanden. Der Aufrechnung stände nur entgegen die im Interesse des Gesellschaftszwecks geschaffene Gebundenheit. Daraus folgt, daß der Firmierende auch gegen eine solche Forderung mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen kann (darüber unten II b. 2).

---

[1]) Da der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen sie nicht befriedigen kann.

3. Die Aufrechnung mit der Forderung eines Mitgesellschafters gegen den Gesellschaftsgläubiger ist unzulässig (§ 422 Abs. 2 B.G.B.). Darin, daß derselbe die Aufrechnung gestattet, läge eine Zession der Forderung.

§ 9.

Welche Forderungen kann der Dritte (Nichtgesellschafter) dem Anspruche des Mitgliedes einer o. H.G. gegenüber zur Aufrechnung bringen?

a) Einer Privatforderung des Gesellschafters gegenüber?

1. Der Dritte kann aufrechnen mit einer Forderung, die er gegen den Gesellschafter als Privatmann hat.

2. Desgleichen mit einer Forderung gegen die Gesellschaft, da auch für diese der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen haftet (§ 128 H.G.B.). Ist der Gesellschaftsgläubiger mit seiner Klage aus dieser Schuld gegen die Gesellschaft bereits rechtskräftig abgewiesen, so ist die Forderung, auch wenn sie dem Gesellschafter gegenüber geltend gemacht wird, mit der exceptio rei iudicatae behaftet. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen. Ist über die Forderung des Privatschuldners an die Gesellschaft ein Prozeß anhängig, so kann er gleichwohl dem Gläubiger-Gesellschafter gegenüber mit der streitigen Forderung aufrechnen. Dieser kann der Aufrechnung mit Rücksicht auf die von der Gesellschaft gegen die Forderung, welche der Dritte zur Aufrechnung bringen will, geltend gemachten Einwendungen usw. widersprechen und seine Privatforderung einklagen. Beruft sich dann in diesem Prozesse der Beklagte auf die geschehene Aufrechnung, so kann der Kläger der Aufrechnungseinrede die prozeßhindernde Replik entgegenstellen: über die aufgerechnete Forderung sei bereits ein anderer Prozeß anhängig (C.P.O. § 263, 274 N. 4). Eine bloße Aussetzung des zweiten Prozesses nach § 148 ist unzulässig. Hat sich der Gesellschafter in einen Privatprozeß nicht eingelassen, stellt sich aber die Gesellschaftsforderung im Prozesse der Gesellschaft als nicht bestehend heraus, so war die Aufrechnung nichtig, da die Forderung, wie jetzt festgestellt ist, nicht bestand.

Ob die Gesellschaftsforderung, deren Gläubiger der Dritte ist, entstanden ist zu einer Zeit, wo der Gesellschafter der o. H.G. angehörte oder aber event. vorher, macht keinen Unterschied (§ 130 H.G.B.).

Die primäre Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden bleibt selbst dann bestehen, wenn über das Vermögen der o. H.G. und das des Gesellschafters gleichzeitig Konkurs eröffnet ist (§ 212 H.G.B.). Denn auch jetzt noch hat der Gesellschaftsgläubiger das Recht, auf seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu verzichten (§ 64 K.O.) und seine volle Forderung gegen den Gesellschafter geltend zu machen, sie also auch in voller Höhe gegen Privatforderungen des Gesellschafters aufzurechnen.

3. Hat der Privatschuldner eine Forderung gegen einen Mitgesellschafter, so kann er diese Forderung gegen das, was er dem ersten Gesellschafter schuldet, nicht aufrechnen.

b) Welche Forderungen kann der Dritte einer Gesellschaftsforderung gegenüber zur Aufrechnung bringen?

Eine solche Forderung kann der Gesellschafter nur geltend machen als Vertreter der Gesellschaft. Auch dann ist der Anspruch in Wirklichkeit nicht der seine, sondern der der Gesellschaft. Der Gesellschafter ist mitberechtigt nur zu einer Quote, und auch diese ist gebunden, so daß er nicht selbständig aufrechnen kann (§ 719 B.G.B.).

1. Gegen eine Gesellschaftsforderung kann der Gesellschaftsschuldner in der Regel nicht mit einer Forderung aufrechnen, die ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zusteht, auch nicht die diesem gehörige Quote der Gesellschaftsforderung. Denn die Aufrechnungsbefugnis ist ein Recht, sich selbst Befriedigung zu verschaffen dadurch, daß die Forderung des Aufrechnungsgegners getilgt wird. In ihrer Ausübung liegt deshalb immer zugleich eine Verfügung über fremdes Vermögen. Wie wir sahen, ist dem Gesellschafter die Befugnis entzogen, mit Gültigkeit gegen Dritte über Gesellschaftsforderungen zu verfügen. Das Schicksal der Nichtigkeit trifft auch die Verfügung, welche ein Gläubiger des Gesellschafters über dessen Anteil kraft eines Rechts treffen wollte, das aus dem Recht des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen sich herleitet (§ 719 II B.G.B.).

Im Interesse des gutgläubigen debitor cessus sind in § 720 B.G.B. die §§ 406 und 407 für analog anwendbar erklärt. Der Privatgläubiger eines Gesellschafters kann seine Forderung aufrechnen auch gegen eine solche, welche der Schuldner-Gesellschafter erst in die Gesellschaft eingebracht hat, ebenso gegen eine solche, welche aus einem Vertrage herrührt, den der Gesellschafter als sog. stiller Stellvertreter der o. H.G. abschloß, d. h. in einer Weise, daß dem Privatgläubiger das Handeln für die Gesellschaft nicht erkennbar war (B.G.B. § 164 Abs. 2). Die Aufrechnungsbefugnis ist dem Privatgläubiger gegeben, wenn er die Forderung, die er seinerseits zur Aufrechnung stellt, erworben hat, bevor er von der Übertragung der Gegenforderung des Gesellschafters an die Gesellschaft Kenntnis hatte und seine Forderung nicht erst nach Erlangung der Kenntnis hiervon und später als die Gegenforderung fällig geworden ist. Die Aufrechnungserklärung kann, solange der Privatgläubiger noch keine Kenntnis vom Übergange der Gegenforderung hat, dem Privatschuldner als solchem gegenüber, nach der Kenntnis dagegen nur der Gesellschaft gegenüber, also auch dem Privatschuldner nur in dessen etwaiger Eigenschaft als firmierender Gesellschafter abgegeben werden (§ 407 B.G.B.). Denn die Aufrechnung ist eine Leistung.[1]) Die Unterscheidung dürfte indessen in der Regel kaum von praktischer Bedeutung sein. Dagegen ist im Falle des § 28 H.G.B. Abs. 1 Satz 2 die Aufrechnung auch bei gutem Glauben des Dritten ausgeschlossen. Das ergibt § 28 Abs. 2.

---

[1]) Siber, Kompens. u. Aufrechnung S. 101.

2. Gesellschaftsschulden kann der Gesellschaftsgläubiger, der zugleich Gesellschaftsschuldner ist, dem firmierenden Gesellschafter gegenüber aufrechnen. Dagegen kann er Forderungen an eine andere o. H.G., die aus denselben Personen besteht, sowie Schulden, für die alle Gesellschafter solidarisch haften, nicht aufrechnen, es sei denn, daß der firmierende Gesellschafter der o. H.G., welcher gegenüber der Aufrechnung erklärt wird, zustimmt (H.G.B. 124 Abs. 2 in Verbindung mit 719 Abs. 2 B.G.B.). Die an einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter erklärte Aufrechnung ist nichtig, da letzterer zur Empfangnahme von Willenserklärungen (anders der einzelnen Kollektivvertreter 125 H.G.B. Abs. 2 i. f.) nicht berechtigt ist.

3. Forderungen, die ein Gesellschaftsschuldner gegen einen Mitgesellschafter des Firmierenden hat, kann er diesem gegenüber in der Regel nicht aufrechnen. 719 Abs. 2 B.G.B. Die Ausnahmen hiervon sind dieselben wie unter 1 (720 und 706/7 B.G.B.).

B. Aufrechnung zwischen Forderungen des Gesellschafters und solchen der Gesellschaft gegeneinander.

§ 10.

Gläubiger- und Schuldnerverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter können sich ergeben, da eine confusio zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterforderung und umgekehrt infolge der Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens auch in bezug auf die Miteigentumsquote des Gesellschafters ausgeschlossen ist.

a) Der Gesellschafter kann Forderungen an die Gesellschaft haben.

1. Aus dem Gesellschaftsverhältnis, z. B. Auszahlung von Gewinn und Zinsen, Erstattung von Auslagen. Seine Schuldner sind dann nicht die übrigen Gesellschafter, wie Behrend meint, sondern die Summe aller Gesellschafter. Denn zu zahlen sind diese Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen, dessen Miteigentümer auch der Gläubiger-Gesellschafter ist.

2. Aus anderen Titeln als dem Gesellschaftsvertrage und den daraus sich ergebenden Rechten: z. B. Darlehen, Miete, Verkauf.

3. Dagegen ist sein Aktivsaldo während des Bestehens der Gesellschaft keine aufrechenbare Forderung, da er erst mit der Auflösung der Gesellschaft fällig wird. Dann erst verwandelt er sich, falls er noch vorhanden ist, in eine wirkliche Forderung.

b) Die Gesellschaft kann Forderungen an den Gesellschafter haben. — (Gläubiger sind auch hier alle Gesellschafter zusammen.)

1. Aus dem Gesellschaftsverhältnis, z. B. auf Beiträge, Ansprüche wegen Verletzung des Konkurrenzverbots.

2. Aus besonderen, mit dem Gesellschaftsverhältnisse nicht im Zusammenhange stehenden Titeln (als Verkäufer, Zessionar der Forderung eines Dritten).

3. Auch der Passivsaldo könnte als Schuld des Gesellschafters erscheinen. Er ist aber nur unter den Gesellschaftern zum Ausgleich zu bringen, sofern er bei der Auflösung noch vorhanden sein sollte.

Die Aufrechnung zwischen Forderungen, welche unter a 2 und b 2 genannt sind, ist unbedenklich zuzulassen.

Sind die Forderungen sub a 1 und b 1 aufrechenbar? Man könnte meinen, daß es dem Gesellschaftsvertrage widerspräche, wenn der geschuldete Geldbetrag nicht bar in die Gesellschaftskasse gelange; ebenso müsse auch der Gewinn und Zinsertrag bar ausgezahlt werden. Doch dürfte diese Auslegung des Gesellschaftsvertrages sich nicht rechtfertigen lassen, da im Grunde genommen alle Verträge, die eine Verpflichtung zur Geldzahlung begründen, auf Barzahlung gehen sollen. Diese Forderungen fallen also mit unter die allgemeine Regel der Aufrechenbarkeit. Es mag auch sonst oft genug nicht angenehm sein, sich anstatt der Barzahlung einen Schulderlaß gefallen lassen zu müssen.

Da eine Verschiedenheit der Subjekte der unter a 1 und b 2 einerseits und a 2 und b 1 andrerseits aufgeführten Forderungen nicht besteht, sind auch sie als aufrechenbar anzusehen.

Natürlich wäre nicht die ganze Gesellschaftsforderung getilgt durch Aufrechnung mit einer Forderung, welche um die Miteigentumsquote des Aufrechnenden an der Gesellschaftsforderung geringer wäre als diese, da die Quote während des Bestehens der Gesellschaft — als gebunden — nicht in Betracht kommen kann.

C. Aufrechnung zwischen Forderungen der Gesellschafter untereinander.

§ 11.

1. Das Schuldverhältnis kann sich gründen auf Beziehungen, die mit dem Gesellschaftsvertrage und der Stellung der Gesellschafter als Gesellschafter nicht unmittelbar zusammenhängen (Privatschuldverhältnisse).

2. Das Schuldverhältnis steht mit dem Gesellschaftsverhältnis in rechtlichem Zusammenhange.

Eigenartige Verhältnisse auf der Schuldnerseite ergeben sich namentlich, wenn ein Gesellschafter Gesellschaftsgläubiger ist und die solidarische Haftung der Mitgesellschafter in Frage steht. Es sind sub 2 zu unterscheiden folgende Fälle:

a) Der Gesellschafter macht den Anspruch auf Zahlung der Gesellschaftseinlage geltend.

b) Der Gesellschafter hat Anspruch auf Auszahlung von Gewinn und Zinsen, auf Erstattung von Auslagen (§ 110 H.G.B.).

c) Der Gesellschafter hat eine Forderung aus einem Rechtsverhältnisse, in welchem er der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht.

ad 2 a. Die Ansprüche auf Zahlung der Gesellschaftseinlagen gründen sich ganz unmittelbar auf den Gesellschaftsvertrag. Sie sind gegeneinander nicht aufrechenbar, da dies dem Zweck der zu machenden Leistungen und eine derartige Erfüllung des Gesellschaftsvertrages dem § 242 B.G.B. widerspräche. Sie sind aber auch nicht aufrechenbar gegen Privatforderungen der Gesellschafter gegeneinander, da sie mit diesen nicht gleichartig, d. h. ungleichen Leistungsinhalts sind. Der Einlagepflichtige hat an die arca communis zu leisten d. h. seine Einlage auf die Gesellschaft zu gebundenem Miteigentum zu übertragen; sein Schuldner aber hat an ihn zu leisten.

ad 2 b. Die Haftung der Mitgesellschafter aus § 128 besteht nicht, auch nicht für die zu erstattenden Auslagen. Im Innenverhältnis sind die Gesellschafter auch bei Mittellosigkeit der Gesellschaftskasse zur Erhöhung ihrer Einlagen nicht verpflichtet. § 707 B.G.B. Eine solche Forderung ist also während des Bestehens der Gesellschaft durch eine Einrede entkräftet. Sie kommt zum Ausgleiche bei der Auseinandersetzung, indem sie vorläufig als Aktivposten des betreffenden Gesellschafters gebucht wird. Auch Teilaufrechnungen finden nicht statt.

ad c. Der Gläubiger-Gesellschafter steht einem Dritten auch darin gleich, daß er die Mitgesellschafter aus § 128 in Anspruch nehmen kann. § 707 B.G.B. wird in diesem Falle dadurch außer Kraft gesetzt, daß der Gesellschafter der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht. Das ergibt sich in der Regel aus dem Vertrage der Gesellschaft mit dem Gesellschafter. Andernfalls hätte die Leistung des Gesellschafters als Einlage und der ganze Vertrag als Einlagenerhöhung behandelt werden müssen. Geht auf einen Gesellschafter die Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft über, so ergibt sich dasselbe daraus, daß es unbillig wäre, mit dem Übergange auf den Gesellschafter eine Verengerung des Kreises der Befriedigungsobjekte zu verbinden. Der Gläubiger-Gesellschafter muß seine Forderung jedoch um das kürzen, was der zahlende Mitgesellschafter gemäß dem Innenverhältnisse von dem Fordernden — allerdings erst gegebenenfalls bei der Auseinandersetzung — im Regreßwege würde zurückverlangen können, „dolo petis, quod redditurus es". § 242 B.G.B. ist auch auf den Gläubiger analog anzuwenden. Es würde dann als Aktivposten für gemachte Auslagen bei der Gesellschaft zu buchen sein: für den fordernden Gesellschafter der Betrag der abgezogenen eigenen Schuldquote, für den als Solidarschuldner zahlenden Mitgesellschafter der an jenen gezahlte Betrag. Forderungen ad c sind also vermindert um den Betrag, den der Fordernde gemäß der Regelung des Innenverhältnisses zu tragen hat, auch gegen die Mitgesellschafter aufrechenbar, und zwar sowohl gegen Forderungen, welche unter 1, wie gegen solche, welche unter 2 c gehören.

Stellt man sich auf den Standpunkt Staubs § 128 Anm. 1 24, so wird man eine Verpflichtung des Einzelgesellschafters nur zu der Quote annehmen, zu welcher er nach dem Gesellschaftsvertrage zur Tragung der Schulden mitverpflichtet ist, und demgemäß dann die Aufrechenbarkeit gestalten.[1])

---

[1]) Von beiden Ansichten, die oben angeführt sind, anscheinend abweichend Dernburg, Bürgerl. Recht II 2 S. 561 Anm. 4.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Carl Peikert, geb. 9. August 1883 als Sohn des Kaufmanns Emil Peikert und seiner Ehefrau Agnes geb. Becker zu Liegnitz, Preuße, besuchte von 1889—1901 das Gymnasium zu Liegnitz und studierte dann an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin, München und Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften. In Breslau hörte er insbesondere die Vorlesungen der Herren Dahn, Brie, Leonhard, Fischer, Jörs, Gretener, Beyerle, Engelmann, Heilborn, Wolf, Sombart, Klingmüller, Meyer und Stern. Am 13. Juli 1904 bestand er das Referendarexamen, 14 Tage darauf das Rigorosum vor der jurist. Fakultät. Zurzeit ist er dem Amtsgericht Schmiedeberg i. R. zur Ausbildung überwiesen.